DISCURSO IMPARCIAL,

Ó

DEMOSTRACION DE LOS JUSTOS LÍMITES

Á QUE SE EXTIENDEN Y REDUCEN

LOS DERECHOS DE LOS HIJOS NATURALES

Y SUS DESCENDIENTES EN ESPAÑA:

ESCRITA

POR D. PEDRO DE VILLAR Y BERMUDEZ DE CASTRO,
Abogado Consultor del reyno de Galicia junto en Cortes,
y del Colegio de su Real Audiencia.

CON PRIVILEGIO EN MADRID
EN LA IMPRENTA DE LA ADMINISTRACION DEL REAL ARBITRIO DE BENEFICENCIA.
AÑO DE 1802.
Véndese en las Librerías de Castillo y Barco, frente á las Gradas de S. Felipe el Real y Carrera de S. Gerónimo.

Ego autem nunquam multitudine auctorum deterritus haud multos, seu plures in opinionibus sum sequutus: magis enim semper me rationes naturales, et leges tenuerunt. Ratio enim fortior est ad animos movendos, et convincendos, quæ, si consona, deficere non potest, sicut auctoritas deficit sæpe sæpius. *Guzman de Molina, veritat.* 5. nn. 14. et 15.

ADVERTENCIA.

Una de las materias mas espinosas y susceptibles de encontradas opiniones es la que abraza este discurso. La experiencia lo demuestra por desgracia cada dia; pero tal vez aun procede ménos de su dificultad que de nuestro inveterado uso de ocurrir mas bien á la simple interpretacion de las leyes que á meditarlas en sus originales, combinar todas las concernientes, y hacer de ellas una exâcta crítica. En nuestra jurisprudencia es demasiado rara aquella obra, en que las romanas no hagan todavía un papel mas brillante que las del reyno: freqüentemente se ve á estas en una infeliz dependencia de aquellas; y es indecible la molestia que este método acarrea á qualquiera que, llevado del espíritu de un verdadero jurisconsulto espa-

ñol, trata de apurar á su satisfaccion alguna verdad legislativa. Las leyes patrias aun no son tan fáciles de repasar: á los intérpretes, en que por otra parte se halla abundantísima copia de excelente doctrina, es preciso verlos, por espantosa que sea su multitud: el tiempo escasea regularmente para la reflexîon; y he aquí como raras veces puede disipar las nieblas de la obscuridad é incertidumbre. Por mas doctos y conseqüentes que sean tales intérpretes en sus resoluciones, casi siempre proceden sobre el sistema de la legislacion romana; é ya se ve que, siendo tan diferente del de la real, es preciso tambien el que á cada paso se encuentren opuestas al espíritu de esta.

De aquí dimana que en medio de tan enorme y confusa mezcla cada uno pueda buscar á su salvo lo que le importa, presentando su causa con cierto trage de razon: y como aun entre los sensatos no siempre

sea de igual fuerza, claro está que el reducirlos al deseado punto de uniformidad, es obra muy bastante, ó superior al mas elevado ingenio. Ocurriendo yo al mas cierto orígen de la diversidad de opiniones en la sujeta materia, no solo, quando lo considero útil ó necesario, pongo de manifiesto sus respectivos principales fundamentos para hacer de unas y de otros aquel juicio que corresponde; sino que establezco por basa en general la respectiva eficacia de las leyes patrias, y las calidades que segun ellas constituyen un verdadero hijo natural, por interesar estos principios mas de lo que vulgarmente se cree. El espíritu de la ley es el que en todo caso ocupó mi primera atencion: en su defecto la razon natural; y en el conflicto de duda y obscuridad la mas acreditada opinion de los intérpretes. Quisiera haber logrado el acierto: á lo ménos nadie me supera en la rectitud de ánimo.

No cuidé, ó por mejor decir, he despreciado la idea de formar un discurso pomposo y brillante; pero no tanto aun por ser poco compatible con la debilidad de mi salud al tiempo de escribirle, quanto porque no trato de captar, sino de mostrar sencillamente lo mas justo; y esto se manifiesta bastante bien á los que saben reflexîonar y apreciar la solidez de la razon.

RESUMEN

DE LAS MATERIAS DE QUE TRATA ESTE DISCURSO.

CAPÍTULO PRIMERO.

PRELIMINAR SOBRE EL RESPECTIVO VALOR Y EFICACIA DE LOS CÓDIGOS LEGALES DE ESPAÑA EN GENERAL.

1 En aquella infeliz época en que, seducido el padre de la humanidad, incurrió en la infraccion del primer precepto que le habia impuesto el Criador supremo, no solo ha perdido el inefable don de la gracia, mas tambien con su posteridad quedó expuesto al desenfreno de las pasiones, y á todos los demas trabajos del cuerpo y del espíritu, que son peculiares de una vida caduca y miserable. Pero Dios, que le habia criado á su semejanza, y como para objeto de sus delicias, siempre benigno y misericordioso, no quiso en medio de este caos despojarle enteramente de sus auxîlios, y tuvo la piedad de conservar impresos en su corazon algunos rayos de luz, con que pudiese llegar á reconocerle y regir su propia conciencia: y esto es lo que se llama derecho ó razon natural, en unos mas, en otros ménos perspicua y despejada. Tal ha sido la ley que gobernó la especie humana en sus primeros siglos; pero á poco alcanzó para contener el tor-

rente de las pasiones. La envidia comenzó luego á causar sus ordinarios estragos, y las demas á competencia tambien fuéron traspasando todos sus límites. Aquella idea del derecho natural se ha confundido y trastornado. La tierra se ha visto cubierta de iniquidad, atrayéndose por merecido castigo el Diluvio universal de que la providencia solo tuvo á bien preservar al justo Noé, sus tres hijos, y respectivas mugeres. Derramó su bendicion sobre esta escogida familia, creció y multiplicó prodigiosamente; y esparcida por diversas regiones, en poco tiempo ha llegado á formar naciones numerosas é independentes (a). Estableció luego el derecho general ó de gentes; y en fin cada una de aquellas sociedades ha formado ciertos pactos y leyes con que poder arreglar las diferencias de sus individuos, lo que se llama derecho civil.

2 De las leyes y forma de gobierno de España hasta la dominacion de los romanos, que comenzó á ser tranquila cerca del nacimiento de Jesuchristo, es muy poco lo que se puede tener por cierto: y aunque en medio de las turbaciones de aquel imperio se han introducido en esta península los vándalos, alanos y suevos, como su dominio ha sido de muy corta duracion, apénas dexáron reliquias de leyes propias;

(a) Omnia ex Genesi, cap. 3. usque ad 11.

y ántes bien, habiéndoles sucedido los godos á principios del siglo V, consta patentemente que aun halláron las leyes romanas en uso.

3 Estos Soberanos han ido extendiendo y afirmando su trono poco á poco: y así como el VII de ellos llamado Eurico llegó á fines del citado siglo V á dominar toda la península, tambien fué el primero de quien hay memoria pusiese los cimientos á su legislacion propia y nativa. Leovigildo, XVI Rey de aquella familia, la aumentó considerablemente, corrigiendo algunas leyes de Eurico, y promulgando otras nuevas. Lo mismo hiciéron algunos de sus sucesores: y habiendo entrado Sisenando en la corona, y convocado al IV concilio de Toledo en el año de 636, hizo una coleccion y arreglo general de todas las leyes godas, poniéndole por título *Forus Judicum*, que sucesivamente llegó á corromperse en *Fuero Juzgo*. Desde su reynado, no obstante que los Soberanos que le sucediéron, ya de por sí, é ya con acuerdo de los concilios, estableciéron algunas leyes, no se experimentó considerable alteracion hasta Recesuinto, quien en el VIII concilio celebrado en la referida capital en el año de 655, además de corregir en gran parte las anteriores, y promulgar otras muchas, de que tambien formó su coleccion, ha prohibido severamente el uso de las romanas y el de otras qualesquiera que no fuesen las

contenidas en su nuevo código (a); porque, segun añadió, eran suficientes para administrar justicia en todo el reyno; y esta es la época en que se puede decir que la legislacion patria comenzó ó debió comenzar por lo ménos á vivir independente y sin compañera alguna.

4 Wamba, Ervigio y Egiza, sucesores inmediatos á Recesuinto, tambien le diéron algun incremento y reforma; pero el principal se debe sin duda á Egiza; pues habiendo este religiosísimo Monarca suplicado con el mayor encarecimiento á los Padres del XVII concilio de Toledo, que cooperasen con él á aclarar lo dudoso, quitar lo injusto ó superfluo, y añadir lo útil ó necesario (b), ha llegado con su auxîlio esta importantísima obra á un grado tal de perfeccion, que ciertamente da el mayor honor y gloria á sus autores; y aunque es cierto, se duda (c) si fué entónces ó despues que este Soberano se asoció con su hijo Witiza para gobernar el reyno, como parece lo indica el epígrafe de dos leyes (d), quando este código recibió la última mano, de qualquier modo se deduce que jamas España ha tenido época mas feliz en órden á legislacion; porque sobre ser abundante de reglas justas y generales, y de unas ciertas y claras limitaciones, era la única á que tenia que ocurrir. Mas aun no bien comenzaba á disfrutar de los preciosos desvelos de estos santos concilios y augustos monarcas, quando una inmensa turba de africanos capitaneados por Tarif y Muza la inundó casi enteramente, sumergiendo en medio de su barbarie el ilustre cetro godo.

(a) LL. 8. y 9. tit. 1. lib. 2.

(b) Morales, Cronic. de Esp. lib. 12. cap. 61.

(c) Llorente, discurs. prelimin. á la edic. del Fuero Juzgo, n. 23.

(d) LL. 18. tit. 7. lib. 5. y 3. tit. 1. lib. 6.

5 Los animosos españoles arrinconados en las montañas concibiéron desde luego el designio de sacudir el yugo africano. En las priméras tentativas han redoblado su valor y esfuerzo; y su felicidad ha sido tal, que á impulso de una constante guerra, y maravillosas victorias, no tardáron mucho en establecer las coronas de Leon, Castilla, Navarra, Aragon y Cataluña. Es fácil percibir qual seria la observancia de las *leyes Godas* en unos tiempos tan calamitosos, especialmente ínterin que los españoles no tuviéron caudillos determinados; pero lo cierto es, que así como se hán ido organizando estos renacientes estados, tambien el vigor de aquellas leyes se ha ido recobrando en general en medio de los muchos fueros particulares, á cuya concesion obligaba la política. En Cataluña, Navarra y Aragon no volviéron á obscurecerse, hasta que en la primera de estas tres coronas el Conde Don

Ramon Verenguer ha formado en las cortes que celebró en Barcelona un nuevo código legal compuesto del *Gótico* y de las *leyes Romanas*, conocido con el título de *Utsages*, y en las dos restantes se ha hecho otro tanto en sus respectivas cortes de 1237 y 1246. En Leon desde que el glorioso Don Pelayo ha dado principio á esta corona hasta la publicacion del *Fuero Real*, el *Gótico* ha reconocido siempre la autoridad de un cuerpo legislativo general. Alonso V en las cortes que celebró en Oviedo el año de 1003, le ha confirmado expresamente; y aunque en el de 1020, en que congregó el concilio de Leon, ha ordenado *el Fuero* conocido con este nombre, y algunos de sus sucesores los concediéron *municipales* á varios pueblos, todos estos no enervaban la fuerza de aquel *Fuero primitivo*, sino en el caso específico que comprehendian como excepcion de la regla general; y en este concepto se iba extendiendo á todos los paises nuevamente conquistados ó poblados.

6 De consiguiente tambien ha recobrado su vigor en Castilla la Vieja; y lo conservó hasta tanto que los jueces creados para el gobierno de aquel estado llegáron á erigirse en Soberanos independentes; pues entónces, advirtiendo los castellanos que en varias leyes del *Fuero Juzgo* se reconocia la soberanía de un Rey, á quien acababan de negar la obediencia, reuniéron quantos exemplares pudiéron

haber á las manos, y los quemáron públicamente en la Iglesia de Burgos, acordando al mismo tiempo que se les juzgase segun *Albedrío*, tomando por basa la eleccion de lo mejor entre lo bueno, y de lo ménos malo entre lo malo (a). En medio de esto los primeros Condes fuéron concediendo á Sepúlveda, Brañosera y á otros partidos sus respectivos *Fueros municipales*; y Don Sancho García, nieto de Fernan Gonzalez, que parece ha sido el primer Conde soberano, se dedicó á establecer algunas leyes ó reglas que sirviesen de *Fuero general*, y llaman unos de *Albedrío ó Fazañas de Don Sancho*; otros, y comunmente el *Viejo de Castilla*, por el qual y los referidos fueros particulares se fué administrando justicia en todo el Condado.

7 Llegáron á reunirse las dos coronas de Castilla y Leon en Don Fernando el Magno; y habiendo congregado cortes generales en Coyanca ó Valencia de Don Juan por el año de 1050, al paso que ha mandado observar y guardar en Castilla el *Fuero Viejo*, con respecto á Leon, Galicia, Asturias y Portugal, que aun andaba unido, ha prevenido se observase el *concilio de Leon con el Fuero*

(a) Fazaña primera del fuero que San Fernando dió á Burgos referido por los DD. Asso y Rodriguez en sus notas á la L. 1. tit. 28. Ordenamiento de Alcalá.

Gótico. Alonso VI conquistó la ciudad de Toledo, capital entónces de Castilla la Nueva, y le dió los dos fueros, el *Viejo* para juzgar á los castellanos en solo lo civil, y el *Gótico* para juzgar á los mismos en lo criminal, y á todos los demas en las materias de ámbas clases.

8 Alonso VII en las cortes que celebró en *Náxera* por el año de 1138 dió un considerable aumento al *Fuero Viejo*, estableciendo diferentes leyes relativas á las obligaciones de los hijos-dalgo para con el Soberano, y este ha sido el mayor que tuvo hasta el año de 1348. Confirmó y amplió tambien á casi toda Castilla la Nueva los fueros dados á su capital Toledo por Alonso VI, y el *Gótico* en concepto de general; y concedió algunos otros particulares, sin que en órden á la legislacion, no obstante la nueva separacion que hubo de las dos coronas desde la muerte de aquel Soberano hasta que volviéron á reunirse en cabeza de San Fernando, hubiese habido novedad considerable. El Santo Rey volvió á confirmar y ampliar á las dos Castillas sus respectivos fueros, extendiendo el de Toledo á Córdoba, Sevilla y otras cabezas de partido, y aun mandó reducir el *Fuero Gótico* del idioma latino, en que se hallaba, al castellano, para que su inteligencia se hiciese mas comun y general.

9 Este gran Monarca, que á la heroycidad de

su virtud habia sabido unir la de sus empresas militares y civiles, percibió muy bien que aquellos dos principales cuerpos generales, y especialmente el *Gótico*, apénas eran ya mas que unos esqueletos, y que la confusion iba en aumento á cada paso que se concedia un fuero particular; y quando meditaba seriamente sobre el remedio, esto es, proyectando una legislacion sabia, justa y uniforme para todo el reyno, le sobrecogió la muerte sin haber aun dado principio á esta obra, como algunos dicen, contra el claro y sencillo contesto del prólogo de las *Partidas*, y solo pudo dexarla encomendada muy particularmente á su hijo Don Alonso X. Subió este al trono; mas luego empezó á divisar la mala disposicion en que se hallaban los pueblos aforados, y especialmente los ricos-homes y demas hijos-dalgo demasiado asidos á sus privilegios para admitir al primer golpe una legislacion tal como la proyectada por el Santo Rey su padre: por lo qual ocurrió á suavizar y preparar los ánimos por medio de una coleccion de todos aquellos fueros que consideró mas justos y necesarios, dándola á luz con el título de *Fuero Real* en el año de 1255, y mandando en una de sus leyes (a) que por ellas y no por otras algunas se habia de juzgar de allí adelante en los tribunales; á las quales han seguido

(a) L. 5. t. 6. lib. 1.

otras varias declaratorias (a) conocidas con el título *del Estilo*, que forman un miembro integrante del mismo cuerpo, y tienen una consideracion, grado y fuerza absolutamente iguales. Este derecho fué admitido generalmente y sin repugnancia alguna en la corona de Leon, en Córdoba, Murcia, Sevilla, Jaen y en Castilla la Nueva (b), y aun en la Vieja, no se advirtió por lo pronto reparable resistencia; en vista de que se animó á dar inmediatamente principio á aquella grande obra de las *siete Partidas*, en cuya formacion ha ocupado los mas grandes ingenios por espacio de otros siete años con el objeto de que fuese un código universal y único, como lo indica una de sus leyes (c); pero los ricos-hombres é hijos-dalgo de Castilla, que creyéron entónces se les iba á despojar de todas sus exênciones y privilegios, no solo se manifestáron tercos para no admitir este nuevo cuerpo legal, mas tambien para que continuase el *Fuero Real*. Hubo sobre este punto y algunos otros de ménos entidad varios debates y motivos de resentimiento. El Rey determinó oirles: convocó á cortes en Burgos, y en el año de 1272 les ha devuelto el *Fuero Viejo de Don*

(a) Rúbrica de las LL. del Estilo, ibi: "Aquí comienzan las LL. del Estilo, que por otra manera se llaman declaracion de las LL. del Fuero."

(b) Dichos DD. discurs. prelimin. al Fuero Viejo, fol. 32.

(c) L. 6. tit. 6. Part. 3.

Sancho, para que se juzgasen por él, como solian (a), en que iba incluso el *Ordenamiento de Náxera*: providencia, que segun parece por el prólogo del citado *Fuero* (b), solo ha sido extensiva á la provincia de Castilla la Vieja, quedando por consiguiente todas las demas del reyno en el mismo estado que quando se les dió el *Fuero Real*.

10 Tal era el en que se hallaba la legislacion española quando Don Alonso XI ha entrado en la corona: dió á Alaba y á otras tierras nuevamente á ella incorporadas las leyes del *Fuero Real*, y luego despues congregó cortes generales en Alcalá el año de 1348: estableció en ellas el Ordenamiento que lleva su nombre, y en él ha incluido el de *Náxera* con algunas reformas. A sus leyes ha dado el lugar preferente, y mandó que el *Fuero Real* y *Municipales* se observasen en quanto no fuesen contrarios al referido *Ordenamiento*, y estuviesen en uso; y que en su defecto se recurriese á las leyes de las *Partidas*, que entónces tomáron por la primer vez el carácter de cuerpo legislativo; añadiendo el que se guardasen á los hijos-dalgo el *Fuero de Albedrío* y otros que tenian en algunas comarcas (c). Parece que igualó, si no ha preferido aun

(a) Prólogo de dicho Fuero Viejo.

(b) Ibi: "E mandó á los de Burgos que judgasen por el Fuero Viejo ansi como solien."

(c) L. 1. tit. 28.

en su caso, estos *Fueros* á su *Ordenamiento*; pero tambien es claro que los consideró ya como meramente *Municipales*, puesto que los circunscribió á cierta clase de personas y á ciertos lugares (a). De tal modo ha sabido vencer este político Monarca aquellas antiguas dificultades en una parte muy considerable. Fué pues mas feliz que su bisabuelo, fixó época en la legislacion, y se le ha celebrado en todos los pueblos de la corona.

11 Hasta los Señores Reyes Católicos no hubo cosa muy digna de notar; porque los Soberanos que intermediáron no han hecho mas que confirmar y extender los *Fueros Municipales*, confirmar el *Ordenamiento de Alcalá*, y añadirle algunas leyes segun la ocurrencia de los casos. Aquellos Católicos Príncipes tambien promulgáron otras diferentes; pero la mayor novedad que en su feliz reynado se experimentó ha sido la considerable extension que recibiéron los códigos generales de la nacion á los paises ya conquistados, ya descubiertos, que se agregáron á la corona. El Doctor Diaz de Montalbo sacó á luz en 1494 una recopilacion de gran número de leyes casi todas sueltas con título de *Ordenanzas*

(a) Ibi: "Y porque los hijos-dalgo de nuestros reynos han en algunas comarcas Fuero del Albedrío y otros Fueros, por que se juzgan ellos y sus vasallos, tenemos por bien que les sean guardados sus fueros á ellos y á sus vasallos, segun que lo han de fuero, y les fuéron guardados hasta aquí."

Reales, asegurando haberla hecho con órden de aquellos Católicos Monarcas, que no dexa de hacerse verosímil si se atiende á las circunstancias del autor y de la obra, y á que los fundamentos con que se contradice, no son muy satisfactorios; pero ya fuese por defecto de la tal órden, ó porque (que es lo mas cierto) hubiese alterado el genuino sentido de muchos textos (a), ello es que no ha merecido la mayor aceptacion. Convencióse la inmortal Reyna Doña Isabel de la urgente necesidad de reducir estas mismas leyes y todas las demas, ya dispersas, ya insertas en el *Fuero Real* y *Ordenamientos*, á sistema claro, metódico y uniforme; y viendo que no le permitia su salud el dispensar al reyno un tan precioso é incomparable beneficio, no pudo abstenerse de recomendarlo con la mayor eficacia al Rey su marido y Príncipes herederos en el codicilo (b) que otorgó en la víspera de su muerte. La intencion de estos Soberanos Comisarios no dexó de corresponder á los designios de aquella gran Reyna; pero al fin en las *cortes de Toro* celebradas en el año de 1505 no se evacuó tan importante encargo sino de un modo supletivo; pues sus ochenta y tres capítulos ó leyes, aunque serán siempre me-

(a) Petic. 56 de las cortes de Valladolid de 1523.

(b) Publicado por el Arcediano Dormer en sus discursos históricos, fol. 373.

morables, se reduxéron á declarar algunas dudas que mas se freqüentaban en el Foro: y al paso que en la ley primera parece que quiso renovarse la del *Ordenamiento de Alcalá* en quanto á la respectiva eficacia de los demas cuerpos legales, ha venido á corregirse y modificarse en considerable parte.

12 Se declaró pues que las leyes de los *Ordenamientos* y *Pragmáticas* hasta entónces promulgadas, y que se promulgasen en lo sucesivo, se guardasen inviolablemente en la substanciacion y decision de las causas, sin embargo de que contra ellas se alegase no estar en uso: que en lo que por ellas no se pudiese determinar, se ocurriese á las leyes de los *Fueros*, tanto el de las *Leyes*, como de los demas *Municipales*, en quanto estuviesen en observancia, ó no se opusisen á lo dispuesto por los enunciados *Ordenamientos* y *Pragmáticas*; y que en lo que no alcanzasen las unas y las otras, se determinase por las de las *siete Partidas*, aunque tampoco se hubiesen observado, con la circunstancia de que no se fallase por otras algunas; revocando al mismo tiempo la ley de Madrid de 1499, en que se daba cierto grado de autoridad á las opiniones de Bartolo, Baldo, Juan Andres y el Abad.

13 Este reglamento no podia en verdad ser suficiente para disolver las principales dificultades que todavía ocurrian en la administracion de justicia. Prescindiendo de otras, las que nacian de la dis-

persion de aquellas pragmáticas que los Reyes Católicos y otros sus antecesores habian promulgado, y de hallarse no pocas mal copiadas, justamente han impelido al reyno á hacer repetidas súplicas, para que se mandaran reformar y poner en el debido órden. El Señor Rey Cárlos I ha atendido sus instancias, y encomendó el arreglo y recopilacion de todas las leyes útiles ó necesarias á dos jurisperítos distinguidos por su sabiduría, que, aunque no lográron concluirla, habiéndola continuado otros dos nombrados por el Señor Felipe II, llegó por fin á publicarse en 1567 con una pragmática (a), en la qual se declara que las leyes así recopiladas, aunque algunas de ellas fuesen nuevamente hechas, diferentes ó contrarias á otras anteriores, debian tener una puntual observancia en la substanciacion y determinacion de todos los negocios; dexando las anteriores, que no se comprehendiesen en esta *Recopilacion*, sin autoridad alguna, excepto las del *Fuero Real* y de *Partidas*, respecto de las quales se mandó guardar lo dispuesto y ordenado en la referida ley de Toro.

14 Pero tampoco esta obra pudo satisfacer enteramente las intenciones de aquellos Soberanos y del reyno; porque además de notarse sumamente defectuosa en el estilo y en el método, es eviden-

(a) La que está al frente de la Recopilacion.

te que muchísimas excelentes leyes se han ocultado á la vigilancia de los compiladores comisionados; pues solamente del *Fuero Real* quedáron excluidas hasta el número de quinientas por la mayor parte de una puntual debida observancia.

15 A la primera edicion de la *Recopilacion* han sucedido otras ocho, y á las leyes que comprehenden otro número crecidísimo, unas y otras providencias generales emanadas ya inmediatamente de los Saberanos, é ya del supremo tribunal de la nacion. Algunas se incorporáron en las últimas ediciones; pero, aunque al mismo tiempo se corrigiéron ciertos defectos que se advertian en las anteriores, todavía han quedado otros muchos y bastante considerables, de que hace una exâcta enumeracion el autor del extracto del derecho español (a). El superior á todos es el hallarse dispersa infinita multitud de estas providencias, de que al paso que nadie puede dispensarse para lo que ocurre cada dia, ó no hay noticia en grande parte, ó la hay muy escasa, reducida á la coleccion que algunos escritores (de laudable zelo sin duda) han hecho hasta aquí, publicándolas ya segun su tenor literal, ya en compendio (*).

(a) 2. part. tom. 1. Histor. del derecho nuevo, §§. 8. y siguientes hasta el 14.

(*) Segun el estado en que se halla la legislacion, la necesidad de reducirla á un cuerpo metódico con exclusion de aquellos establecimientos que por su naturaleza, ó no son generales, ó son temporales, como los aranceles y otros semejantes, que exîgen un quaderno separado, no puede ser mas urgente. Y siendo máxîma constante que entre dos males necesarios el menor es el que debe elegirse, resultará que aun quando se experimente alguno por el consiguiente trastorno de las citas que algunos apreciables intérpretes hacen á la actual Recopilacion, qualquiera que fuese, tal perjuicio nunca podria embarazar una empresa de esta calidad, ni compararse con la indecible ventaja que por sí sola atraeria al Estado; además de que aquel lève perjuicio se repararia fácilmente en las nuevas ediciones de sus obras.

Es verdad que el hacer un cuerpo perfecto de legislacion en todo género es obra que supera las fuerzas humanas; pero el autor citado del extracto del derecho ha abierto ya un paso muy importante para acercarse á ello mas ahora que nunca. El precioso cuerpo de las Partidas podria servir de modelo, y el objeto principal de la meditacion, para con arreglo á los demas cuerpos legales, ratificar, ampliar, restringir, anular ó declarar sus leyes; y una asociacion de seis ú ocho literatos escogidos por su inclinacion á esta especie de trabajo, discernimiento y rectitud de juicio estimulada del honor, y sostenida con una proporcionada pension sobre algunas encomiendas, seria capaz sin duda de vencer las mayores, ó tal vez todas las dificultades, reduciendo ese enorme tamaño y multitud de volúmenes, por que andan esparcidas las leyes, á un muy reducido número, y baxo un solo punto de vista, en estilo conciso,

16 Entre los Autos acordados insertos en la *Recopilacion* se hallan dos muy dignos de particular

mencion (a), el uno del Consejo pleno del año de 713, y el otro del Señor Felipe V del de 714: el

claro, luminoso y uniforme; consultando, si se quisiese, aun ántes de comenzar á extender la obra, todas las que juzgasen dignas del olvido, de ampliacion ó de reforma; y concluyendo con una glosa ceñida á la ilustracion de los lugares, que todavía pudiesen excitar alguna duda, para que por estos y no otros libros se instruyesen los legistas en los elementos del derecho en los estudios generales, substituyéndoles á aquella xerga de los textos civiles con que suelen algunos devanarse los sesos, é inutilizarse para admitir el derecho real en el verdadero sentido, ó á lo ménos consumir sus mas preciosos años con muy poca utilidad.

A lo antecedente serian consiguientes otras providencias económicas acerca de los letrados. Estos son los primeros jueces de toda causa. El Estado debe zelar mucho de su educacion y conducta; pues de su instruccion y providad pende la mas puntual observancia de las leyes. Por lo mismo convendria que despues de instruidos en la teoría y práctica de la legislacion patria, no pudiese permitírseles su exercicio, sin que además de merecer la aprobacion de los nueve exâminadores que hay en cada tribunal superior, y de un ministro del mismo, que presidiese su exámen en público, riguroso y extensivo á las principales materias de la jurisprudencia puramente contenciosa y política, hubiesen acreditado tambien, aunque por un medio instructivo, la providad de su conducta, y el hallarse dotados con un rédito anual de quatrocientos ducados, á cuyo complemento quedasen responsables los que interviniesen en la prueba de este requisito, del qual solo pudiese dispensarse en

(a) 1. y 2. tit. 1. lib. 2.

primero se reduce á recordar las repetidas providencias dadas anteriormente, á fin de que se observasen puntualmente las leyes patrias: y calificando de un abuso reprehensible é intolerable el de aquellos que, ó sin hacer el debido aprecio de la doctrina de los autores regnícolas ocurrian para la substanciacion y determinacion de las causas á la de los extrangeros; ó que infundadamente persuadidos de que no debian guardarse las leyes patrias con tal que no estuviesen insertas en la *nueva Recopilacion*; ó ya se hallasen revocadas ó suspendidas, descuidaban de ellas enteramente á pesar de poder aclarar ó decidir las dudas que ocurriesen, llegando al error de creer que aun merecian mayor estimacion las de los romanos y canónicas, siendo así que las primeras no eran en el reyno mas que unas sentencias que solo podian seguirse en defecto de ley, y en quanto auxîliasen al derecho natural, y confirmasen el real, que era el solo verdadero derecho comun, concluye haciendo el mas serio y estrecho encargo á todos los otros tribunales de la nacion de que observasen con la mayor exâctitud

el caso de concurrir en el pretendiente una muy sobresaliente instruccion y buena disposicion para exercer la facultad con acierto y dignidad; cuya providencia por sí sola bastaria para reducir el excesivo número de letrados, y obraria al mismo tiempo el efecto de que no se condecorasen con tan honroso título sino los que mereciesen serlo.

las enunciadas leyes patrias ; y en el segundo se resolvió aun con mas claridad el que debian y deben guardarse todas las que no esten expresamente derogadas, aun quando se diga no hallarse en uso.

17 He aquí en compendio lo mas interesante de la historia del derecho patrio. No poca dificultad se experimenta en hallar y extraer de nuestros libros aquellos datos fixos que la componen ; pero todavía mas lamentable su general escasez de reflexiones, debiendo ser estas las máximas ó principios elementales del estudio de la jurisprudencia. Es patente (aunque muy bien pueda dudarse si lo conocemos) que las leyes romanas no deben correr entre nosotros sino como dichos de sabios. Supongamos, no se ignore, quántos códigos legales hay en España, en qué tiempos, ó por quiénes se han formado ; ¿pero qué nos importará, sin discernir la eficacia de los unos y los otros, si no tenemos perpetuamente grabada en la memoria su respectiva preferencia, y en qué grado? De las leyes romanas algunos sienten sernos indispensables para inteligencia de las de Partida. En efecto se nos empeña en gustar de su política y eloqüencia : como primeras impresiones apénas podemos borrarlas de nuestra imaginacion, ya por ostentar erudicion, ya por encontrar en ellas mas órden y uniformidad, mas claridad y concision al mismo tiempo ; y el

caso es que no las dedicamos al objeto por que se nos permite su estudio. Tambien es preciso confesar que nuestras luces son demasiado limitadas para abrazar un profundo conocimiento de ámbas legislaciones real y romana. Aquel célebre código de las Partidas no solo fué sacado de esta, sino tambien de la sagrada Escritura, de los cánones, sentencias de los Santos Padres, y opiniones de los grandes profesores de todas facultades ; porque la jurisprudencia es una ciencia universal. ¿Por qué pues nos habremos de entregar mas á las leyes romanas que á los cánones, &c.? ¿de dónde viene la sumision á ellas contra tan expresa y repetida sancion Real? ¿cómo sacrificarnos en digerir esa innumerable caterva de expositores suyos ; y (lo que no puede oirse sin asombro) estar algunos tan asidos á sus opiniones que, no dudando de su infalibilidad, tampoco cuidan ya de saber si hay leyes reales decisivas, y mucho ménos de meditarlas segun se merecen? He aquí claramente descubierta la causa mas fatal de correr *inoffenso pede* tantas opiniones ilegales : y he aquí el fecundísimo manantial de probabilidades y controversias con indecible ruina de los vasallos del Rey. Creia deber dirigirnos inmediatamente á estudiar y penetrar el verdadero sentido de nuestras leyes, contemplándolas como la quinta esencia de quanto la sabiduría de los legisladores juzgó digno de extraer de aquellas fuentes;

y que, aun en el caso de sernos alguna vez útil ocurrir á las romanas, debriamos limitarnos á ilustrar el entendimiento, no extendernos á reformar ni ampliar las de Partida y demas del reyno, y ménos pervertir su sentido. ¡Pero ah, quán dificil es contenerse en estos diques! ¡y quán distantes de tal modo de pensar nuestros jurisconsultos, señaladamente los antiguos! Siendo pues tan notable la influencia de las leyes romanas en quantas materias encierra el derecho patrio, me parece no debo dudar por un momento que incomparablemente nos será mas ventajoso renunciar desde luego la ilustracion que puedan darnos, ántes que adquirirla á costa de la inseparable alteracion que ocasionan á la jurisprudencia española. En este discurso haré patentes no pocos exemplares que lo comprueban; pero ahora es tiempo de especular las demas conseqüencias de nuestra historia.

18 Presupuestas aquellas dos últimas reales resoluciones, la que se halla al frente de la *Nueva Recopilacion*, la primera *de Toro*, la del *Ordenamiento de Alcalá* (a), la del *Fuero Real* (b) y la de *Partida* (c), inmediatamente se nos ofrece la dificultad de saber quales son los cuerpos legales que

(a) 1. tit. 28.
(b) 5. tit. 6. lib. 1.
(c) 6. tit. 3. part. 3.

en el dia se deben observar, y qual sea la graduacion que merece cada uno. Los *Fueros Juzgo*, *Real* y *Viejo de Castilla* son verdadera y propiamente unos códigos legales, del mismo modo que lo son el *Ordenamiento*, *Recopilacion* y *Partidas*; mas los *Fueros Municipales*, aunque en algun sentido lo sean tambien, como lo son los estatutos y ordenanzas de qualquiera comunidad ó congregacion, no merecen este concepto en la verdadera inteligencia de la pragmática y reales autos acordados que van citados. Las leyes propiamente son aquellas que comprehenden generalmente á todos los individuos de un estado (a), y tales han sido en su orígen y objeto las de los referidos *Fueros Juzgo*, *Real*, *Viejo de Castilla* y *Ordenamiento*; pero las de los *Fueros Municipales* son por su naturaleza restrictas á ciertos lugares y clases de personas. No son verdaderamente leyes, sino sus odiosas limitaciones, y por lo mismo nunca es visto haberse comprehendido baxo el nombre de tales. Si paramos algun tanto la consideracion, observaremos como desde el Santo Rey Don Fernando siempre ha sido sistema el reducir todo lo posible esta clase de privilegios por el trastorno y confusion que continuamente ocasionáron en la jurisprudencia; y deduciremos firmemente que solo tienen virtud en quanto particu-

(a) 2. y 3. tit. 2. lib. 1. Fuero Juzgo.

lar y expresamente fuesen confirmados desde las providencias generales que los alteran ó revocan.

19 Volviendo ahora á la respectiva preferencia que corresponde á cada uno de los códigos generales de la nacion, para proceder con la debida claridad, y hacer una justa crítica de las opiniones de los escritores que los han interpretado, se hace preciso distinguir de épocas, á lo ménos desde el *Ordenamiento de Alcalá* hasta las *Cortes de Toro*: desde estas hasta la primera *Recopilacion*: desde ella hasta los años de 713 y 714, y aun desde entónces acá. En el citado *Ordenamiento* el primer lugar se ha dado á las leyes de este cuerpo; y el *Fuero de Albedrío* y demas por que se juzgaban los hijos-dalgo del reyno y sus vasallos en algunas comarcas, se pusiéron en el mismo grado: el segundo se ha dado al *Fuero Real* y *Municipales* solo en quanto estuviesen en uso; y el tercero á las *Partidas*. En las *Cortes de Toro* el *Fuero de Albedrío* y los demas de los hijos-dalgo se igualáron con el *Fuero Real* y *Municipales*, y á todos ellos se les ha dado el segundo lugar despues de los *Ordenamientos* y *Pragmáticas*, en quanto no se opusiesen á ellas, y estuviesen en observancia; y el tercero volvió á dársele á las *Partidas*, con la expresa calidad de que por ellas y no por otras algunas mas se determinasen las causas, aunque no fuesen usadas ni guardadas; con lo qual, aunque ya desde

el *Fuero Real* y *Ordenamiento de Alcalá* podia inferirse muy bien que quedaba sin valor ni eficacia alguna el *Fuero Juzgo* (a), sino en quanto estaba revestido de *Fuero Municipal* de algunos pueblos, parece que este punto se ha resuelto entónces con la mayor claridad y precision. No ha sido mas feliz la suerte del *Ordenamiento de Alcalá*, *Fuero Viejo de Castilla* y *Municipales* desde que se publicó la *Recopilacion*: porque despues de prevenir la pragmática que lleva al frente el que se guarden y executen las demas leyes que abraza en todos los pleytos que ocurriesen, aunque fuesen diferentes ó contrarias á otras qualesquiera, dice: "Las quales queremos que de aquí adelante no tengan autoridad alguna, ni se juzgue por ellas, sino por las de este libro"::::y sigue: "guardando en lo que toca á las leyes de las siete *Partidas* y del *Fuero* lo que por la ley de *Toro* está dispuesto y ordenado." Por manera que, segun su genuino contesto, despues del primer grado que compete á las recopiladas, los otros dos quedan reservados únicamente para las del *Fuero* y *Partidas*, con la preferencia que á cada uno de estos cuerpos legales le tributa la de *Toro*. No habla aquí del *Fuero Viejo de Castilla*, ni de los demas *Municipales*, y mucho ménos del *Fuero*

(a) Castro, discurs. crit. lib. 2. disc. 3. fol. 138. Suarez ad Gom. ad leg. 53. Tauri, n. 13. lit. B.

Juzgo, sí solo del *Real*, de quien se entiende indudablemente como el mas principal y famoso en aquella época; cuya particularidad y modo de hablar reconocemos tambien en otras varias leyes del *Ordenamiento* (a), en donde por antonomasia se le llama *Fuero de las leyes*. Y aunque parezca que con respecto al enunciado *Ordenamiento* pudiéramos hallar alguna mas repugnancia, lo cierto es que igualmente ha quedado sin virtud con respecto á las leyes que no se trasladáron á la Recopilacion, que han sido las mas (b); pues la negacion de la pragmática de que tratamos, es absoluta y universal para todas áquellas que no exceptua expresamente, y las exceptuadas lo son solo de *Partidas* y *Fuero Real*.

20 Mas ya que las leyes de este último código solo tengan vigor de tales en quanto el uso lés conserve, no debemos prescindir de la qüestion relativa á si la presuncion está á su favor, ó incumbe á quien las alegue, el acreditar que aun se hallan en observancia. Algunos se declaran por esta última opinion esforzados en que el uso *ut sic* es una cosa de hecho, y por regla general debe acreditarlo el que quiera aprovecharse de él (c); pero la

(a) 2. y 3. tit. 27.
(b) El citado Castro supr. pag. 139.
(c) D. Lop. ad leg. 7. tit. 2. Part. 1. et ad leg. 28. tit. 15. Part. 7.

verdad es que el fuero como ley, y el uso como mero hecho distan entre sí infinito, y que por consiguiente el argumento fundado en su paridad es visiblemente ineficaz. Supuesto que las leyes del *Fuero* son unas providencias generales que, quando no se hubiesen observado generalmente, fuéron por lo ménos dictadas para el intento; y que el no uso, ó mas bien el uso contrario, sea su única limitacion, naturalmente se colige que la presuncion favorece á las leyes, como se verifica puntualmente en qualquiera otro caso en que á cierta regla general oponemos alguna excepcion. El *Fuero* pues nada ménos es que un derecho formal y verdadero, que tiene algunos grados sobre el mero uso, como discretamente explican varias leyes de *Partida* (a); y no debe compararse el todo con la parte. ¡A qué perplexidad é inconvenientes no nos sujetaria la práctica de la opinion contraria! Seguramente mas útil seria al estado borrar del catálogo de las leyes un código tan apreciable, ántes que dexarlo expuesto á la siempre vacilante y dificil prueba del uso en cada caso, cuya variedad suele ser tal como la de nuestras fisonomías.

21 Desvanecidas ya estas dificultades, y supuesto que las reales órdenes, decretos y otras providencias promulgadas desde la última *Recopi-*

(a) 1. 7. y 8. tit. 1. Part. 1. con el prólogo del mismo título.

lacion, y mas que se promulguen, deban tener el primer lugar: el segundo las recopiladas, en quanto no se han derogado: el tercero las del *Fuero Real*, en quanto esten en uso; y el quarto las de *Partida*, resta manifestar tambien segun el último aspecto que ha tomado la legislacion, qual será la gradual eficacia de los otros códigos nacionales, y parece que el quinto lugar corresponde á las leyes del *Ordenamiento* y demas promulgadas desde él no inclusas en la *Recopilacion*, en quanto conduzcan á aclarar y disolver alguna duda; y el sexto y último á las del *Fuero Real* que no esten en uso, al *Fuero de Albedrío* en Castilla la Vieja, para que fué formado, y al *Fuero Juzgo* en todo lo demas del reyno; dando á cada uno de estos cuerpos su preferencia respectiva segun la mayor ó menor antigüedad, mayor ó menor generalidad ó extension. De este modo se seguirá el espíritu de los Reales Autos acordados, de que va hecho mérito, sin que á ello obsten las leyes del *Ordenamiento* y de *Toro* (a), á que algunos, á pretexto de hallarse recopiladas, quieren tributar aun una puntual y rigurosa observancia en todas sus partes, para hacer revivir en comun los *Fueros Municipales* con perjuicio de los generales: porque en tal caso, sobre ser preciso revocar primeramen-

(a) 1. tit. 28. del Ordenamiento, y 1. de Toro.

te la pragmática que da principio á la *Recopilacion* en quanto modifica el valimiento de aquellas dos leyes, tambien vendrian á quedar sin efecto los mismos *Reales Autos acordados*, á lo ménos quanto al precioso *Fuero Juzgo*; puesto que las referidas dos leyes, y especialmente la de *Toro*, quitan toda eficacia, como queda visto, á las que no sean *Pragmáticas*, *Ordenamientos*, *Partidas*, *Fuero Real* y *Municipales*.

CAPÍTULO II.

PRELIMINAR SOBRE LAS CALIDADES DEL HIJO NATURAL, Y CONCEPTO QUE SEGUN LAS LEYES MERECEN EN ESPAÑA, Y DE ALGUNAS PREROGATIVAS SUYAS.

1 Una de las mayores y mas connaturales obligaciones del hombre se cifra indudablemente en proveer á su subsistencia y á la de su progenie como su propia substancia; á su educacion física y moral. Aun despues del primitivo feliz estado de nuestros primeros padres conservó Dios entre ellos aquella inclinacion, aquel respeto y aquella dependencia, que es el mas firme resorte de toda union pacífica y permanente. Simbolizó pues en ella el sagrado vínculo del matrimonio; mas como transcurriesen muchos siglos ántes que reconociese formalidad alguna, de aquí provino el que tampoco se notase diferencia (a) considerable á lo ménos entre hijos legítimos é ilegítimos. Renovado casi, crecido ya, y multiplicado el linage humano, creadas y erigidas sociedades distintas, como se ha dicho (b), el comun de los hombres mas bien morigerados y sensatos, siguiendo los sabios designios de la naturale-

(a) Novell. 74. cap. 1. Authent. collat. 6. tit. 3.
(b) Cap. 1. n. 1.

za, mirando por la igualdad de los dos sexôs, y por lo que interesaba su propia felicidad, la educacion de cada familia y la conservacion del órden gerárquico que se ha ido introduciendo, consideró preciso reglar de algun modo un contrato (el matrimonio), que debiese ser la basa de todos estos importantes objetos.

2 Llegó por fin al grado de indisoluble, y progresivamente á la grandeza de un Sacramento por Jesuchristo. La Iglesia, siguiendo los pasos de su Divino Autor, le designó todas aquellas solemnidades que contempló necesarias para distinguirle de qualquiera otra union, prohibiéndole entre cierta clase de personas, ya anulando, ya impidiendo sabia y discretamente este enlace segun la diversidad de circunstancias. No cabe pues duda en que el favorecer y promover por todos los oportunos medios al matrimonio y á su prole, debe ser una máxima de toda sabia legislacion, no solo en los paises iluminados con la santa moral de Jesuchristo, sino tambien en todo el resto del orbe; mas no por eso podemos convenir con algunos que, traspasando los límites de la justicia y de la razon natural, se dirigen sin reparo á perseguir los inocentes frutos de toda otra union, que no sea segun la intencion de las leyes, confundiendo incautamente la causa con el efecto; esto es, mirando con igual horror á la inocencia que al crimen, y desentendiéndose de

aquella diferencia que conviene admitir entre sus clases: error á la verdad, cuyas conseqüencias casi siempre han sido fatales á esta clase de hijos desventurados. Tan distantes estamos de negar, que ántes bien reconocemos por muy justo, y aun preciso, que los hijos legítimos, pues que nacen conforme á los mas íntimos sentimientos del mismo derecho natural, y á los ritos y formalidades prescriptos por la ley positiva, y sobre todo por Jesuchristo y su Iglesia, se les coloque en un lugar preeminente y distinguido. ¿Pero cómo perseguir, abandonar, ni aun descuidar de los ilegítimos, solo porque hayan tenido la desgracia de serlo? ¿No son acaso unos miembros de la sociedad, de que no pocas veces ha sacado las mayores ventajas (a)? Es sin duda. La misma equidad se irrita, quando á un desgraciado se le quiere agravar la desgracia: quando ve perecer al miserable, ínterin que el autor de su infelicidad corre ufano y sin zozobra. La justicia y la equidad van de acuerdo en que, amparando al primero, se castigue oportunamente al segundo como detractor de un estatuto tan excelente, qual es el matrimonio (*). Es muy singular aquella ley

(a) Guzman en su verdad 5.ª de derecho núm. 59. presenta un Catálogo de ilegítimos, que han sido las personas mas ilustres de su edad.

(*) En efecto, un establecimiento como el edicto del Rey de Nápoles de 1779, traducido por el Señor Elizondo en el apéndice del tomo VII de su Práctica universal baxo el número 17, con alguna mas ampliacion contra los padres, apartaria de la sociedad una gran parte de esta especie de males que le aflige á cada paso. Castigar su incontinencia en los hijos, sobre ser enteramente opuesto á la justicia y á lo expresamente determinado por las mejores leyes, no produce, como se imaginó en la de Soria, sino muy poco ó ningun efecto. Los padres casi siempre quando acuerdan su torpeza estan muy distantes de pensar en las ventajas temporales que puedan resultarles por medio de sus hijos. Al padre le sirven de carga por la mayor parte. La madre, de quien mas se puede recelar que obre por estas miras, tampoco tiene mas que una muy remota esperanza de heredar á sus hijos, que no compensa la considerable pérdida de su reputacion. Lo que le lisonjea y mueve de algun modo es el poder aspirar á casarse con su cómplice, y quando ménos á lograr un dote proporcionado á su calidad y circunstancias;

del Fuero Juzgo (a) que, haciendo supuesto de que el criador del niño expósito adquiria en él un derecho de servidumbre; ha prevenido que, reconociéndole los padres, y siendo estos libres, les apremiase el juez á redimirlo, desterrándoles además para siempre; y no teniendo con que, aquel que lo hubiese desechado quedase siervo del criador en lugar del expósito. Yo no digo que fuese necesario, ni aun conveniente, un tal rigor; pero por lo ménos la buena ley debe, como dice otra de aquel códi-

(a) 1. tit. 5. lib. 4.

go (a), "catar la salud de todos, como los pueda mejor gobernar é juzgar:" y así, aunque el matrimonio y sus frutos sean muy recomendables á los ojos de la sociedad, y los prefiera justamente á los ilegítimos, tambien es preciso que atienda á estos en su caso, y segun corresponde á su respectiva graduacion.

3 Dexamos prevenido que la Iglesia prohibió y anula el matrimonio de ciertas personas, quales son, además del casado ya, los que tienen entre sí parentesco espiritual, de afinidad ó consanguinidad hasta cierto grado, y las condecoradas con el órden sacro, ó ligadas con el solemne voto de castidad; y ahora descubrimos como de aquí y de lo mas que antecede, ha provenido la diferencia de clases de hijos legítimos, naturales ó espurios, incestuosos, sacrílegos y adulterinos. Las leyes civiles, adaptándose á las santas y sabias miras de la religion, naturaleza y sana política, no pudiéron

pero el remedio es bien obvio, fácil, y consiste en privarle de este favor, á ménos que intervenga una efectiva violencia quitado todo pretexto de engaño y seduccion, con lo qual se retraerá muy bien de condescender á la solicitacion, y se administrará justicia; porque el casamiento ó el dote no deben ser el premio de sus delitos. De este modo, é imponiendo tambien al padre alguna pena mas sensible que hasta aquí, llegaria el Estado á ver una gran reforma en este punto.

(a) 5. tit. 1. lib. 1.

graduar de un mismo modo á los unos que á los otros. Todos son hijos, es verdad; pero no por eso se ha de dexar de hacer entre ellos un arreglado discernimiento. Los adulterinos parece que exîgen el peor lugar, puesto que, sobre dimanar de un comercio el mas ofensivo á la union del matrimonio, ha sido el que primeramente comenzó á divisarse con horror. Los sacrílegos van por el mismo rumbo: y los incestuosos tambien se les aproxîman, aunque por diversos motivos. Todos merecen un concepto casi igual, y son, segun las leyes de Partida, de *dannado ayuntamiento*, *contra ley*, *é contra razon natural* (a): y así era consiguiente que odiasen de ellos hasta el nombre. Los espurios, ya sea porque la ocultacion de padre diese motivo á sospechar que fuese alguno de los prohibidos de contraer matrimonio; ya sea considerando nacen de una muger sin ley, que no tiene reparo en permitirse á otros varios, sin que por lo mismo pueda señalárseles padre cierto, ello es que tambien han sido mirados generalmente en el derecho con un carácter de desprecio, y aun mucho mas aquellos á quienes, aunque de la misma especie, se les distingue con el título de *Manceres*, porque segun el lenguage de las Partidas nacen de *pecado infernal*,

(a) LL. 1. tit. 15. Part. 4. y 4. tit. 3. Part. 6. D. Lop. gl. 5. ad leg. 11. tit. 13. Part. 6.

esto es, de mugeres que, expuestas en pública putería, se entregan á quantos van á ellas (a); pero por el contrario los naturales, á vista de que no puede dudarse moralmente de su padre: de que entre él y la madre debe concurrir aquella igualdad política que les disponga á contraer matrimonio honestamente; y finalmente, que la union, de que les procrean, no padece otro defecto que el de no estar solemnemente autorizada por las precitadas leyes.

4 Es verdad que algunas de España, asemejándose á las romanas, no solo han permitido, sino que diéron forma y reglas para el concubinato ó contrato de mancebía (b); y baxo este concepto deducen algunos que, aun quando aquellas mismas leyes favoreciesen á los naturales, no así corresponde desde que ha desaparecido un uso tan irreligioso: y los que así sienten se fundan en la mayor seguridad que podia tener el padre de que fuesen propios de él, dando además á entender, ó suponiendo que las referidas leyes no reconociéron por naturales á otros algunos que los nacidos baxo tal contrato; pero la verdad es lo primero, que el contrato de mancebía y sus frutos, léjos de ser mas acreedores á favor, aumentarian nuestra indig-

(a) L. 1. tit. 15. Part. 4.
(b) L. 2. tit. 14. Part. 4.

nacion á proporcion que el uso de aquel escandalizase y ofendiese mas á la religion y á la decencia. Un coito no habitual se hace sin duda mas digno de indulgencia que el habitual y continuo; y es ménos opuesto á la intencion de los sagrados cánones (a). El tal contrato ha sido rarísimo, y mas en efecto por la razon que acabamos de indicar que por las cargas que incluia. Lo segundo es incierto que no se reputasen por naturales á los que naciesen fuera de él: no hay una ley que tal declare, ántes sí muchas de aquel mismo código, en donde dicho contrato se ha arreglado, que indican con la mayor demostracion lo contrario. Una, entre otras varias que á su tiempo se expondrán, dice que el natural es el nacido de muger de quien no haya duda que el padre la tenia por suya (b). ¿Cómo pues á vista de una decision tan general y terminante habremos de discurrir juiciosamente que, para sacarnos de esta duda, no se contentó la ley con ninguna otra prueba que no fuese el tal contrato? Verdad es que quien conservase su manceba en casa podria tener mucha confianza, ó sea seguridad de la fidelidad suya; pero porque el contrato aquel hubiese desaparecido ¿dexarán de verificarse casos en que la confianza ó seguridad pueda

(a) D. Covarr. 2. part. cap. 8. n. 4.
(b) L. 8. tit. 13. Part. 6.

ser igual? ¿Seria acaso un específico que preservase á la manceba de mezclarse con otro? No: las leyes se hiciéron cargo de todo, dexando en tales circunstancias el reconocimiento á la discrecion del padre, bien ciertas de que, quando se determine á declarar por propia familia la del hijo habido fuera de casa, ya tendrá apurados todos los quilates de la observacion; y no debe temerse que en un negocio de tanta entidad, y aun gravamen para el mismo, se dexe seducir y engañar fácilmente, sino que consultará muy atentamente á lo íntimo de su conciencia. ¡Oxalá no fueran tantos los que así la prostituyen á cada paso, violando las leyes de la religion y la naturaleza!

5 Conducidas por estas máximas las leyes civiles posteriores entre los dos extremos de no poder afianzar de nuestra natural fragilidad una puntual conformidad con sus intenciones, esto es, que dexase de haber naturales; y el de autorizar una union que reprueba la moral de Jesuchristo, al paso que persiguiéron el concubinato, no solo han fortalecido, sino tambien ampliado considerablemente los derechos de la inocente prole natural, como exênta de aquellos otros vicios extrínsecos que padece el resto de los ilegítimos; dexando siempre marcada la grandísima diferencia que hay de los unos á los otros. El natural pues no se puede ni debe describir por la extension de su etimología, porque tie-

ne muchísimas consideraciones en el derecho civil: y así para decirse tal con precision, es indispensable que concurran en él todas aquellas qualidades y circunstancias que requieren las leyes. De tantos cuerpos legales como dexamos insinuado, solo en las de Toro y en las de Partidas se le halla definido. Reconozcamos luego como se explican estas.

6 Hijo natural, dice una de las que ya van (a) indicadas, que es el "habido de alguna muger de que non fuese dubda que el ome la tenia por suya, é que fuese el fijo engendrado en tiempo que él non obiese muger legítima, nin ella otro si marido:" de suerte que el hijo de casado en una muger soltera, aunque naciese quando aquel estuviese viudo, y pudiesen casar sin dispensacion, no se debe llamar natural, ni se legitima por el matrimonio subsiguiente (b). Segun otra ley (c) el hijo de *fornicacion*, ó de *incesto*, ó de *adulterio*, no puede ni debe llamarse natural. No cabe duda en que excluye á los hijos incestuosos y adulterinos del título de naturales, y por consiguiente no corresponde llamarlos ó comprehenderlos baxo el nombre genérico de fornicacion, aunque realmente no es

(a) L. 8. tit. 13. Part. 6.

(b) Ex leg. 2. tit. 6. lib. 3. Fuero Real. D. Hontalb. de spur. putat. part. 2. §. 12. n. 49. et part. 4. §. 2. n. 6.

(c) L. 10. tit. 13. Part. 6.

otra cosa el coito de que nacen ; pero la ley aun en esto quiso distinguirlos , denotando que por *fornecinos* solo se entienden los demas ilegítimos inclusos los espurios (a) , que son aquellos "que nacen de muger puta que se da á muchos (b) : " y á todos los demas ella misma y otras leyes (c) , de que ya queda hecho mérito , les han sellado con la marca del horror , como efecto de un detestable y dañado ayuntamiento ; siendo tambien de notar como léjos de haber descuidado , que ántes bien estuviéron muy atentas á precaver aquellas conseqüencias que nacen de la desigualdad política de los padres: diferencia , que es muy de tener presente para no confundir al natural , y venir en mas claro conocimiento de que es un hijo civil , en quanto para constituirle es preciso el concurso de todas aquellas calidades que exîgen las léyes. "El mayor denuesto que en la cosa honrada puede haber , dice una de ellas (d) , es que la sangre del hidalgo se ayunte tanto con la vil , que pierda su nombre , y gane el de esta." Y así tratando otra (e) de las mugeres, que las personas nobles é ilustres podian tomar por

(a) L. 3. tit. 14. Part. 4.
(b) L. 11. tit. 13. Part. 6.
(c) Dichas LL. 4. tit. 3. Part. 6. y 1. tit. 15. Part. 4.
(d) 3. tit. 21. Part. 4.
(e) 3. tit. 14. Part. 4.

barraganas , dice que no debian ser viles por sí , ni por aquellos de quienes derivasen , como alcahuetas , taberneras , regatoneras , ni otras de igual ralea ; declarando además expresamente que en caso de contravencion los hijos que tuviesen de ellas no se pudiesen llamar naturales , sino espurios ó fornecinos.

7. Segun la misma legislacion de Partidas (a), para hacer legítimos á los naturales bastaba que el padre los reconociese ó declarase por tales en su testamento , y que obtuviesen del Príncipe la debida real aprobacion ; mas el Fuero Real (b) , prescindiendo de esta especie de legitimacion , dice: "que el que quisiese recibir por su hijo al que no fuese de muger de bendicion , lo hiciese ante el Rey, ó ante omes buenos , diciendo : este es mi fijo , que hube en tal muger (nómbrela), é dende aquí adelante quiero que sepades que es mi fijo , é que le recibo por fijo : " ley que á la verdad no se puede entender , como quisiéron algunos , por la adopcion , sino por el puro reconocimiento. Es cierto que qualquiera puede adoptar á un hijo extraño y abque lo es suyo natural ; pero lo que previene la ley no es otra cosa que una declaracion positiva de la certidumbre de filiacion , segun se hace en

(a) L. 6. tit. 15. Part. 4.
(b) L. 7. tit. 22. lib. 4.

todo reconocimiento. La adopcion era un acto mas formal, solemne y muy distinto: aquel se hacia no sólo ante el Rey, sino tambien ante algunos hombres buenos extrajudicialmente; y esta era preciso que se celebrase ante el Rey, ó en defecto ante su Alcalde pública y concejeramente, como lo dice la ley antecedente á la que va expuesta: y la diferencia acaba de convencerse con mayor demostracion, si se advierte que el derecho que, segun esta ley, adquiere el hijo natural reconocido, es solo el de heredar á su padre ab intestato, porque si testaba le quedaba salva y sin limitacion alguna la potestad de disponer como quisiese de sus bienes (a); en lugar de que al adoptado extraño se le declaró con un derecho forzoso de suceder en la quarta parte de la herencia del adoptante (b): y es bien evidente que si á la qualidad de hijo agregase la de adoptado, á proporcion que los dos vínculos de la sangre y adopcion estrechaban incomparablemente mas á padre é hijo que el uno solo, tambien era preciso aumentar los derechos del natural adoptado, en vez de verificarse al reves, como acaece aquí. Sentemos pues que la ley del Fuero, de que primeramente hemos hablado, induxo la forma con que el padre podia y debia reconocer al natural; y veamos ahora qué es lo dispuesto por la de Toro, cuyo tenor es el siguiente. "Y porque no se pueda dudar quales son los hijos naturales; ordenamos y mandamos que entónces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieren, ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion; con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido muger, de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola: cá concurriendo en el hijo las calidades susodichas, mandamos que sea hijo natural."

8 En tal estado no dexará de parecer á algunos que para designar al hijo natural es excusado vacilar, y sí que basta mirar á la ley que acabamos de extender, y á las circunstancias que concurran en el hijo, porque estando conformes con ella, por natural se deberia haber y reputar. En efecto, quando la letra de una ley demuestra indudablemente su espíritu, por mas que debiera decir otra cosa, á ella debemos atemperarnos, porque así lo determinó, y basta. Pero yo creo sin temeridad (a) que esta ley no quiso, ni su intencion ha sido la de encerrar exclusivamente todas las quali-

(a) Dict. leg. 7. tit. 22. lib. 4. Fuero Real.
(b) L. 5. ejusd. tit. et lib.

(a) A lo mismo se inclinan el Señor Gregorio Lopez gl. 4. ad leg. 3. tit. 14. Part. 4. y el Señor Hontalba de Spur. put. part. 3. §. 2. n. 32.

dades de un hijo natural: quiero decir, las leyes de Partida (a) habian sentado por máxima, y la debe ser en todo estado bien organizado, que la union de la sangre noble con la vil era el mayor denuesto que podia haber en una cosa honrada; y consiguiente á ella declaráron que no se estimase ni llamase natural, sino *fornecino* ó *espurio*, el hijo habido por noble ó persona ilustre en una muger vil y baxa. Su resolucion estaba y está demasiado clara, para que pudiese admitir siniestra interpretacion: y siendo que la enunciada de Toro, como todas sus compañeras, no han sido por lo general mas que declaratorias de las dudas que ocurrian (b); no habiendo á mayor abundamiento autor alguno que nos la indique sobre aquellas de Partida, señaladamente la que trata de barraganas, y sí que se promulgó para resolver las originadas sobre si el hijo del Clérigo de menores, viuda honesta, ó vírgen, ó el de aquella que no fuese única concubina, era ó no natural (c); ni habiendo revocado ó corregido expresamente esta última, segun los Reales Autos acordados (d) lo exígen para inducir

(a) Referidas al n. 6. de este cap.
(b) Guzman, verit. 35. n. 3.
(c) D. Lop. gl. 1. et 6. ad leg. 1. tit. 15. Part. 4. Gom. ad leg. 11. Tauri, n. 1.
(d) 1. y 2. tit. 1. lib. 2. Recop.

que la dexó sin vigor ni eficacia, de aquí es que las cláusulas generales de que usa no se extienden mas allá, y en detrimento de la citada ley de Partida; ni á la verdad podia ser tampoco, sin oponerse de algun modo al genio de la nacion, y á la conservacion de la diferencia de gerarquías que debe haber en el Estado.

109 Aun en el matrimonio, que es mas notoriamente de derecho divino y natural que civil, y en que por consiguiente se debe mirar mas á nuestro comun orígen, sin embargo de que la desigualdad política no está establecida por impedimento, jamas han sido los matrimonios, en quienes versa, de la aceptacion y agrado de los Santos Padres por las perniciosas conseqüencias á que suelen arrastrar los contrayentes y sus familias. El desdoro de ellas y otros graves daños hiciéron conceptuar á algunos (a) por indignas tales bodas. Es muy rara aquella nacion que no las mirase con mal semblante; y los romanos llegáron á dictar varias penas con el objeto de evitarlas (b). De todos estos principios ha provenido seguramente el que algunos escritores de los mas recomendables por su doctrina hubiesen distinguido tanto á los naturales de los demas ilegítimos, separándose, y aun notando muy particu-

(a) Cosci, vot. 2. per tot. Muscitula, dub. 2.
(b) LL. 16. et 49. L. 1. Cod. de Colleg.

larmente el error de otros que los habian confundido todos (a); no dudando afirmar que, aunque con respecto al derecho canónico, igualmente se tengan por naturales los habidos por una persona noble ó ilustre en muger honrada y honesta, y los que tenga en la vil, con respecto al civil, se debe decir lo contrario. En el mismo sentido el gran Cardenal de Luca (b) asienta que los naturales por derecho civil se dicen aquellos en quienes concurren las circunstancias que él exige; y por derecho canónico todos los que ni son sacrílegos, incestuosos ó adúlteros, ni legítimos; y aun hay quien opina (c) que, quando la madre es vil y de baxa condicion, no se legitiman todavía por el matrimonio subsiguiente; pero lo que parece fuera de toda duda es que, quando hay una notable desigualdad entre padre y madre que cooperan en una union ilícita, los hijos de ella no merecen el concepto de naturales, ni pueden llamarse tales segun el derecho civil.

10 Antes de salir de la ley de Toro parece consiguiente aclarar la duda suscitada sobre si para

(a) Torre, de Majorat. cap. 28. §. 5. Guzm. verit. 5. nn. 1. et 2. D. Larrea, disput. 32.

(b) De Testament. disc. 61. nn. 9. et 10.

(c) D. Palat. Rub. in cap. per vestras, de donat. inter vir. et uxor. §. 7.

contraer el matrimonio que ella refiere basta que haya habilidad entre los contrayentes al tiempo del nacimiento del hijo, ó si es indispensable que subsista ya al de la concepcion. Algunos resuelven que basta en el tiempo medio ó en el del nacimiento; y otros sostienen la negativa. Suponiendo por decontado que no habiendo impedimento alguno, dirimente á lo ménos (a), al tiempo de la concepcion, interese poco que aparezca al del nacimiento, en que no debe haber dificultad; con respecto á la qüestion el Señor Covarrubias (b), despues de referir las dos opiniones, y de haberse decidido por la primera, sin que aparezca, ni hubiese manifestado á su favor fundamento alguno sólido, como posteriormente leyese las qüestiones selectas del Señor Sarmiento, en que resolvia lo contrario, parece que ha mudado de dictámen, ó quedó por lo ménos indeciso, encargando á sus lectores meditasen sobre la propuesta duda. Otros, además del Señor Sarmiento, y modernamente el Señor Hontalba (c), sienten abiertamente por la segunda; porque para saber si la prole es natural ó espuria, se ha de atender á su orígen: y tratando de la legitimacion por matrimonio dice que, como necesa-

(a) D. Hontalb. supr. part. 2. §. 4. nn. 4. et 5.

(b) 2. part. cap. 8. §. 2.

(c) De spuriet. putat. part. 2. §. 1. et §. 12. n. 49.

riamente se ha de postraer el tiempo de la procreacion al del matrimonio, nunca tiene cabida la ficcion, siempre que en los padres no hallemos aptitud para casarse en ámbos extremos (a); infiriéndose de aquí que, aunque la ley undécima de Toro pone los dos tiempos de nacimiento y concepcion juntos baxo la partícula discretiva *O*, no es para denotar baste que sus padres puedan contraer matrimonio justamente y sin dispensacion quando nazca, sino que precisamente lo fué para declarar que, aunque naciese al tiempo en que sus padres no pudiesen casarse, no por eso dexase de ser natural, si no versase entre ellos impedimento quando le han procreado (b). La ya citada ley de Partida (c) aclara y confirma esta misma interpretacion, quando dice: "que el hijo natural sea engendrado en tiempo que no hubiese (el padre) muger legítima, nin ella (la madre) otro si marido."

11 Tambien se disputa si el hijo procreado entre parientes con ciencia ó ignorancia del parentesco, que es indiferente, quedará legitimado por el matrimonio subsiguiente, previa dispensacion de su Santidad, ó en clase de natural, naciendo ántes

(a) D. Hontalb. Apend. ad §. 15. ejusd. part. 2. §. 5. ead. part. n. 1. part. 4. §. 2. n. 6.
(b) Garcia, de Nobilit. gl. 20.
(c) 8. tit. 13. Part. 6.

del matrimonio, pero despues de la dispensacion. La resolucion parece bien obvia, y consiguiente á la antecedente; mas no obstante comunmente se distingue de si nació ántes ó despues; porque creen algunos que la prole se legitima por el matrimonio subsiguiente, no naciendo ántes de la dispensacion (a), aunque otros (b) sienten, y con mayor razon, lo contrario: pues qualquiera que sea la dispensa no puede extenderse á producir efecto alguno civil respecto de un hijo á quien las leyes reales reputan como incestuoso é inhábil para recaer en los derechos profanos, sí solo á habilitar los dos cónyuges, para que sin embargo de su impedimento puedan efectuar matrimonio (c), y hacer legítima la prole subsiguiente, no la anteriormente procreada: y si esto es así, quando se verifica el casamiento, con igual si no superior motivo, habremos de decir lo mismo no llegando á efectuarse; porque al modo que no debemos tener por legítimo al hijo en el primer caso, tampoco en el segundo por natural, pues respecto de él militan todas

(a) D. Lopez, gl. 9. ad leg. 1. tit. 3. Part. 4. et gl. 10. ad leg. 2. tit. 15. Part. 2. versic. Sed pone quod:::-
(b) D. Hontalb. part. 2. §. 15. nn. 18. 24. 39. §. 12. n. 49. §. 3. nn. 34. et 35. D. Larrea, decis. 8. nn. 86. 88. et 90. et seq. usque ad 94.
(c) L. 4. tit. 15. Part. 4. ibi: "Non puede dispensar con ellos quanto en las cosas temporales."

las razones que próximamente dexamos insinuadas.

12 No necesitamos detenernos mucho en demostrar que, para contemplarse y decirse natural el hijo segun la ley, es indispensable concurra una de dos cosas, á saber: ó que el padre le procree de amiga que tenga en casa conocidamente por suya; ó que, teniéndola fuera, le reconozca, declarando expresa y formalmente en acto público ó privado (esto es, ante juez, ó ante competente número de testigos, sea con escribano ó sin él) que él es su hijo natural habido en tal muger, &c. Esta es la forma precisa de la ley, quando dice: "con tanto que el padre le reconozca por su hijo." Es verdad que no manifiesta el como; pero esto estaba claramente designado por la del Fuero. El sistema de todas por lo comun, y principalmente las de Toro, ha sido, como queda visto, el de ocurrir á las dudas que se agitaban, cuidando poco de lo que no se controvertia, ó no necesitaba reforma; y no pudiendo dudarse sobre el claro contesto de aquella ley del Fuero, ni debiendo suponerse que fuese digna de enmienda, se viene en claro conocimiento que á ella se ha referido en este punto; y de consiguiente es absolutamente infructuosa y vana la distincion que hacen algunos de reconocimiento expreso y tácito, induciendo este de la alimentacion, y otros hechos semejantes y equívocos, para denotar la filiacion, ó la caridad,

ó la inclinacion particular, ó finalmente una duda y una zozobra que agite la conciencia del padre sobre la certidumbre ó incertidumbre de su hijo. Bien se dexa ver que, aun cerciorado á su satisfaccion, puede negarse indignamente una obligacion tan consagrada por las leyes de la naturaleza; mas esto, ó quando haya sólidos fundamentos se podrá remediar por el apremio de la justicia, ó en caso de duda, y en el que la ley no decide claramente, tampoco nos debe bastar para que de un antecedente ambiguo podamos deducir conseqüencias ciertas, mayormente quando su trascendencia es de tanta consideracion y gravedad.

13 No así se verifica respecto del procreado de concubina ó amiga que el padre tenga en casa, entendiéndose esto constando que la habia por suya segun la ley de Partida (a) ibi "habido de alguna muger de que non fuese dubda que el *home la tenia* por suya:" pues de otro modo la simple conservacion en casa, aunque no es de presumir la permita el dueño á una que sepa hacer mal uso de su persona, como tambien es muy contingente que ignore su indecente trato, ó concurran algunas otras circunstancias que obren á favor de aquel para no achacarle el hijo que esta procree, de aquí es no deber considerarse por bastante, como no se

(a) Dicha L 8. tit. 13. Part. 6.

podía ocultar á los autores de la ley de Toro. No poco ha sido el dispensar de reconocimiento al hijo de casa, segun lo denota quando dice: "puesto que no haya tenido muger de quien lo hubo en su casa:" esto es, que, suponiendo no dudarse ya que fuese natural el hijo de amiga conocida en casa, pasó á declarar que lo era tambien el nacido fuera de ella, siendo reconocido, y concurriendo en sus padres la calidad de poderse casar justamente y sin dispensacion al tiempo de procrearlo.

14 Queda pues suficientemente demostrado, como se propuso al principio, que el natural es un hijo civil, y que para decirse tal, segun el espíritu de las leyes, requiere varias circunstancias; las quales no se le pueden suponer por la simple consideracion de hijo, sino que se halla en la precision de justificarlas, quando se funda en su qualidad de natural, y principalmente si obra con el carácter de actor (a): y dexando al paso la ley de Toro exênta de aquellas dudas que le son coherentes, pasemos á exâminar ahora el concepto que han debido al derecho en general, y de consiguiente á las prerogativas que segun él les competen. En el Fuero viejo de Castilla (b) se halla que el hijo-dalgo puede hacer hijo-dalgo á los que

(a) Mat. gl. 3. ad leg. 9. tit. 8.
(b) L. ó Fuero 1. tit. 6. lib. 5.

ha en barragana; y aun añade que estos pueden transmitir la misma preeminencia á los demas que tuvieren en igual forma. En la legislacion de las Partidas (a) se dice que: "fijo-dalgo es aquel que es nacido de padre que es fijo-dalgo, quier lo sea la madre, quier non, solo que sea su muger velada ó amiga que tenga conocidamente por suya:" expresándose otra ley (b) del mismo cuerpo, en que para gozár de la hidalguía sea "fijo natural que hubiese habido de alguna muger, de que non fuese dubda que él la tuviese por suya." Pero en contrario vemos tambien que, además de sentarse por varias leyes que los legítimos tienen gran pro é honra, por heredar en los bienes é hidalguía, añaden que no se verifica así con los ilegítimos: que estos son infamados de fecho, como que no nacen de derecho casamiento; y que los que nacen de matrimonio son derucheros é fechos segun ley, y los otros caen en vergüenza por razon de las madres (c).

15 Supuesto que los naturales, como que no nacen de derecho casamiento, ó segun ley, ó que son ilegítimos, estan comprehendidos en la genera-

(a) 1. tit. 11. Part. 7.
(b) 8. tit. 13. Part. 6.
(c) Prólogo del tit. 13. Part. 4. y las LL. 1. y 2. del mismo, y 2. tit. 6. Part. 7.

lidad con que hablan estas leyes, parece consiguiente que sean infames de fecho, y que entre ellas y las expuestas en el párrafo antecedente, se halla una antimonia tal que, inclinando á unos á pintarlos con los colores mas feos é ilegales, fácilmente han deducido que estaban privados de la sucesion hereditaria; é interpretando otros estas leyes generales por aquellas terminantes indudablemente á los naturales, tambien han descubierto su aptitud para suceder, como se demostrará en otro lugar. En efecto, los que siguen este partido dicen que las referidas leyes generales no hablan con toda especie de ilegítimos, y no se sigue por lo mismo que comprehendan al natural. Y que no hablan con este es evidente, porque afirmando las dos arriba citadas que sucede en la hidalguía, que es una inestimable prerogativa sobre el honrado estado general (a); y diciendo la otra, comparando los legítimos con los ilegítimos, que estos no suceden en la hidalguía, es contradecirse manifiestamente; lo que no debe de admitirse entre las leyes, pudiendo dársele á cada qual una inteligencia análoga á su respectivo espíritu, esto es, exceptuando al natural de la generalidad de aquellas leyes, y aplicándolas á los demas ilegítimos: pues la infamia y la honra que en otro caso se hallarian re-

(a) Aguila ad Rox. 1. part. cap. 6. n. 442.

unidas en su persona, son notoriamente incompatibles.

16 La infamia de hecho, dice un sabio moderno (a), "depende única y privativamente de la opinion y concepto de los hombres; y así propiamente no puede llamarse pena, porque no se impone por la ley." Tenemos ahora á la vista un reciente real decreto (b) dimanado de la benignidad exîmia de nuestro actual católico Monarca, en que, haciendo supuesto que no debió haber servido de nota, infamia, ó ménos valer la qualidad de expósito, se dignó declarar consiguiente que tampoco pudiera ni podia servir de óbice para efecto alguno civil. Florez de Mena (c) ha discutido este punto latamente, y despues de resolver con otros muchos que el natural sucede en la nobleza de su padre, reduce lo que se dice infamia de hecho á que generalmente no tiene tanta estimacion como el legítimo: lo que en realidad es y debe ser así, aunque esté legitimado, no siéndolo por matrimonio. Pero ¿con quánta mas razon no hubiera afirmádose en esta opinion, si entónces tuviera presente aquella real resolucion, é hiciera un juicio

(a) El Señor Lardizabal, discurs. sobre las pen. cap. 5. §. 4. nn. 2. y 3.

(b) De 5 de Enero de 1794.

(c) Q. 16. lib. 1.

comparativo entre el natural y el expósito, que viene á ser el llamado espurio? Hemos pues de asegurarnos en que entre los naturales y legítimos, en el concepto civil, no media mas diferencia que la de tributarse en general algun mas aprecio y estimacion á los segundos que á los primeros; si bien unos y otros, comparados con los de familia extraña, son igualmente acreedores á mas ó ménos distincion, en quanto sea mas ó ménos calificada cada una.

17 Derivada la hidalguía en el hijo natural, es consiguiente se deriven en él todos los demas derechos familiares: pues qualesquiera que ellos sean, siempre son inferiores á la nobleza. De aquí proviene el que pueda retraer una alhaja de la familia, á pesar de la obstinada cavilacion de algunos que se lo niegan: porque sobre no desdeñarse de reconocerle por un individuo suyo, versa en él aquella afeccion á sus propios bienes y regalías, que fué todo el fundamento de este derecho en su establecimiento: gozan de la sepultura familiar, y pueden usar de los timbres, armas y blasones de la casa; y siendo inseparable en ellos, en los padres, y aun en toda la familia, un amor y propension natural recíproca, por este mismo concepto, aunque el padre natural no tiene un derecho de patria potestad sobre su hijo, le puede nombrar tutor con aprobacion de la justicia, y el hijo no le

puede demandar sin venia en juicio: debe castigársele como parricida, en caso de tener el extraordinario arrojo de atentar su vida; y por el contrario es parte legítima para perseguir su muerte. Se le prohibe testificar en favor de él, pudiendo excusarse de hacerlo en contra: y finalmente, por el delito gravísimo del padre incurre en la infamia de derecho igualmente que su descendencia legítima (a).

18 Mas respecto de los espurios militan muy diversas circunstancias, y su concepto tampoco es ménos diferente en lo legal. Ellos, segun ya queda indicado, por el derecho comun son habidos por personas infames y torpes. Los griegos llegáron á separarlos de los demas hijos en la educacion. Entre los romanos se les señalaba con nota de S. P. para significar que eran sin padre, puesto que teniéndolo incierto, como *provenido de la vaga Venus*, importa lo mismo que no tenerle: y en otras regiones aun acostumbran poner en sus escudos una línea negra para indicar su espuriedad. No son habidas por de la casa y familia de su padre, y no gozan de la nobleza y mas derechos que quedan demostrados respecto de los naturales. Mas ¿có-

(a) Gom. ad LL. 9. 10. 11. et 12. nn. 51. et 52. D. Lop. gl. 1. ad leg. 14. tit. 16. Part. 3. Gutierr. pract. gt. qt. 54. n. 2. Acev. cons. 24. n. 26. D. Larrea, disp. 32. n. 43.

mo habian de dispensárseles estas prerogativas, si no se sabe ciertamente, ni la nobleza, ni la baxeza de sus padres?

19 En la pragmática de Valladolid (a) se dice que no es el ánimo de S. M. se extiendan las legitimaciones generales á la hidalguía de los padres; pero esto no puede entenderse con los naturales, sino con otros inferiores ilegítimos, puesto que aquellos no necesitan de legitimacion alguna para gozarla, segun queda visto. Y no es menor la diferencia que se nota en punto á la obtencion de los hábitos militares, de que puede servir de exemplo demonstrativo uno de los estatutos del Orden de Santiago ibi: "Item declaráron que pueden tener hábito de nuestra Orden los naturales descendientes de soltero y soltera:::-; pero los bastardos de qualquiera manera de bastardía, aunque su padre y madre sean hijos-dalgo, no le pueden tener." Verdad es que el citado real decreto de 5 de Enero de 1794 igualmente favorece á naturales que á todos los demas ilegítimos; mas esta soberana resolucion se gobernó por diferentes máximas, y recayó sobre los expósitos, sobre aquellos cuyos padres y demas circunstancias se ignoran. Siendo cierto que muchos de ellos no padecen mas defecto que qualquiera natural, y estan todavía en aptitud de ser reconocidos,

(a) L. 12. tit. 2. lib. 6. Recop.

y de gozar por consiguiente los honores de la familia: y no pudiendo discernir á estos de los sacrílegos, incestuosos y semejantes, con quienes andan confundidos; ni pareciendo conforme á razon, que la baxeza de los unos causase detrimento á los otros, en tal conflicto ha tomado el Soberano la benigna deliberacion de colocarlos á todos en igual buena reputacion, legitimándolos á mayor abundamiento por su real autoridad; con lo qual, aunque no hay duda que han variado infinito su antiguo aspecto, no así parece respecto de aquellos cuya especie nos es conocida; porque á vista de cesar en ellos las razones antecedentes, quedan en la misma esfera en que por el derecho comun se hallaban.

CAPÍTULO III.

SOBRE EL DERECHO DE LOS NATURALES Á SUCEDER AB INTESTATO, ET EX TESTAMENTO, Á SUS ASCENDIENTES Y COLATERALES EN LOS BIENES LIBRES DE TODO GRAVÁMEN.

1 La primera propiedad que el hombre ha conocido desde su caida fué la del trabajo que experimentó indispensable para la conservacion de la vida. Era preciso pues que se cifrase en cierta y determinada parte de la tierra, la que con un uso continuado llegó á apropiarse, verificando lo mismo de todos los otros entes criados para su servicio y aprovechamiento: y de aquí y de la particular aplicacion de sus frutos ha tenido orígen el *meum, et tuum*, esto es, el dominio. Cierto es parece que la naturaleza no ha conocido el derecho de transmitir este dominio los unos á los otros hombres; pero afianzándose la subsistencia del hijo en el amor de su padre, que seguramente es el mayor de los humanos, la de este en el respeto y reconocimiento de su hijo, la de los hermanos y demas consanguineos en su mutua natural inclinacion, la del miserable en la caridad del poderoso, y la del amigo en fin en la aficion de su amigo, era consiguiente que á la hora de su muerte dexasen arreglada la inversion de sus propiedades para mas bien satisfacer las miras de su voluntad, y que este general sentimiento de los hombres llegase luego á consagrarse en un derecho formal.

2 En la sagrada historia (a) se lee que Dios ha comunicado por medio de Moysés á su escogido pueblo de Israel por ley perpetua la de que toda la herencia del israelita se entregase á sus hijos, en defecto de ellos á sus hermanos, y á falta de unos y otros á sus parientes mas próximos. Así es que aunque las leyes civiles, quando empezáron á proteger la última voluntad, no pusiéron límites algunos al padre, ya fuese porque creyesen que entre él y los buenos hijos no necesitaban tomar esta precaucion, ya porque en favor de los malos no le debian coartar su facultad; habiéndose principiado á divisar el excesivo abuso que hacian algunos de esta, pareciendo sordos á aquellos gritos ó sentimientos de la naturaleza, que les inspiraba mirasen primeramente por su sangre que por otra alguna, se viéron en la necesidad de reducírsela: y lo que ántes no era mas que una simple confianza de los hijos en el amor paternal, se elevó á un derecho riguroso é inviolable, que progresivamente ha ido en aumento, segun claramente se ve si se re-

(a) Numeror. cap. 27. vers. 8.

corre la legislacion desde su primera época hasta la presente.

3 Entre los romanos tanto importaba decir hijo como heredero; porque se suponia habia de serlo, é ya en vida del padre se le llamaba casi dueño de su patrimonio. Los godos siguiéron el mismo sistema, y haciendo mérito del abandono en que algunos padres dexaban á sus hijos, dicen en una ley (a): "E porque algunos vivian sandiamientre , é despendian mal sus cosas en dallas á las personas extrañas, é tollelas á los fijos, é á los nietos sin razon, de manera que non podan aprovechar en o pueblo los que solian ser excusados por so trabajo por sus padres; é mas porque el pueblo non pierda lo que non debe, nen los padres non sean sin pietate á los fijos, ó á los nietos, como non deben; por ende tollemos la ley antigua, que mandaba al padre, é á la madre, é al abolo, é á la abola dar sua bona á los extraños, si quisiese: é á la muller que ficiese de sus arras lo que quisiese. E mandamos por esta ley que se debe guardar de aquí adelante, que nen los padres, nin los abolos non podan facer de sus cosas lo que quisieren, nin los fijos, nin los nietos non sean desheredados de toda la bona de los padres, é de los abolos."

4 Por esta ley pues, y algunas otras del mismo código, se ve tambien la parte de que reserváron al padre la facultad de disponer ya en beneficio de su alma, gratificacion de algun otro pariente ó extraño; ya entre sus mismos hijos, sin duda para que estimulados de algun premio se esmerasen á porfia en obsequiarle y reverenciarle; pero como estas leyes hablen directamente con los legítimos, ó deba suponerse que quando el derecho determina algo en favor de los hijos, *simpliciter*, siempre es visto hablar primeramente con ellos en virtud de su mayor dignacion, dexándolas por ahora aparte con sola esta breve indicacion, pasaremos á especular qué es lo que se ha ordenado expresa y particularmente con respecto á los naturales sobre las sucesiones hereditarias *ex testamento, et ab intestato*, en los bienes libres de todo gravamen.

5 En el citado Fuero Juzgo no se halla establecimiento alguno que designe con claridad el derecho positivo ó negativo de ellos. Mas por lo que toca á los padres en el Viejo de Castilla (a) se declara expresamente que el caballero podia instituir por heredero al hijo natural en todo su patrimonio, á excepcion de los monasterios y castillos de Peñas, que estos venian á ser los solares de los ricos-homes, con almenas, caba y troneras, y estaban ba-

(a) 1. tit. 4. lib. 4.

(a) 1. tit. 6. lib. 5.

xo el real amparo (a). No se nota igual diferencia en algun otro código legal, ántes por el contrario en el de las Partidas generalmente se declara (b) que el padre, en defecto de descendientes y ascendientes legítimos, "le puede dar miéntras viviere, é dexar en su testamento todo lo suyo:" y además, por lo que hace á las sucesiones *ab intestato* baxo el título de las *herencias sin testamento*, se halla una (c) que dice: "las leyes antiguas otorgan que el padre, muriendo sin fijos legítimos, puede el fijo natural heredar los bienes, de las doce partes las dos, non dexando muger legítima:::- E porque non podimos fallar ninguna razon derecha por que se moviéron los que ficiéron las leyes á toller á tal fijo esta su parte por esta razon de muger legítima que dexase su padre, por ende tenemos por bien, é mandamos que las haya, é que non se le embarguen por esta razon." Sigue la ley manifestando los fundamentos por que la muger legítima del padre no debia impedir al natural que gozase de la sexta parte de herencia, y la una de ellas es: "porque maguer á él tolliese esta parte, non la ganaria ella, é haberla, y en los otros mas propin-

(a) Los DD. Aso y Rodr. en sus notas al mismo Fuero.

(b) L. 8. tit. 13. Part. 6.

(c) 9. del mismo tit. 13.

quos parientes del finado." La ley anterior á esta, además de exponer que muriendo alguno sin testamento y sin hijos legítimos le pueda heredar su hijo natural en la sexta parte de su patrimonio, y en la duodécima muriendo tambien con legítimos, declara que en caso de no tener mas que ascendientes, reservando á estos su legítima, que es una tercia, le pueda dexar las dos restantes, añadiendo que no acordándose el padre de tal hijo, podrá pedir á sus herederos, y estos estarán obligados, no siendo en gran daño suyo, á darle de vestir, calzar, y lo mas que necesite para su gobierno: y que del mismo modo que el natural puede é *debe*, dice la ley, heredar al padre, tambien este le debe heredar á él.

6 Por el contrario hablando la siguiente á las dos antecedentes del hijo de fornicacion ó fornecino, despues de sentar que no puede llamarse natural, dice: "Nin debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre: é si á tal fijo como este diese el padre alguna cosa de lo suyo, los otros fijos legítimos, que fueren de aquel padre mismo, pueden revocar la donacion é la manda, fueras ende si el Rey le confirmase la donacion por su privillejo:" y todavía previene el que no teniendo hijos legítimos, los hermanos de su padre ó abuelo intenten esta revocacion, ó en defecto, y por su negligencia en el espacio de dos meses, ceda al

Fisco. Queda indicado (a) que baxo la expresion genérica de fornicacion se comprehenden los espurios, lo que se ha comprobado nada ménos que con el testimonio de otra ley del mismo cuerpo ; y convengámonos en que la distancia que intermedia de estos á los naturales es muy enorme. Pero ¿cómo no habian de distinguirse unos hijos que, segun la frase de la ley, son *contra ley é razon natural de infernal y dannado ayuntamiento*, ó que como provenidos de la vaga Venus no tienen padres ciertos, obscurecen la familia por la baxeza de las madres, y hacen caer á los mismos padres en vergüenza, de los que, naciendo de una muger de honesta condicion, ó no hay duda que el padre la tenia por suya, ó que por hijos propios los ha reconocido y recibido formalmente, con cuyo solo hecho justamente la ley (b) da por cierta é indubitada su filiacion? La diferencia, además de lo que queda dicho, se patentiza por el sencillo contesto de aquellas otras leyes (c), en las quales se declara que el natural no solo pueda, mas tambien deba heredar á su padre; y que el espurio, el incestuoso y el adulterino no solo no deban, mas tambien que, ni

(a) Cap. 2. n. 6.

(b) 11. de Toro ibi: "Ca concurriendo en el hijo calidades susodichas mandamos que sea hijo natural."

(c) LL. 8. y 10. tit. 13. Part. 6.

aun quando quiera, les pueda dexar cosa alguna, ó que si lo hace lo reclamen sus parientes, y en defecto ceda al Fisco: establecimiento por cierto bien particular, y que por sí solo manifiesta el odioso concepto con que esta clase de hijos ilegítimos ha sido mirada en comparacion de los naturales.

7 Si se comparan el Fuero Real y las Partidas acerca de la graduacion de derechos que cada uno de estos dos códigos nacionales ha hecho de los padres con relacion á los hijos, *et vice versa*, tampoco será ménos notable la diferencia; pues así como el primero permitia al hijo que preteriese absolutamente á su padre legítimo (a), tambien el segundo le designó la tercera parte en la herencia de aquel con la calidad de no poder disminuirsela, aun quando se hallase con hijos naturales (b): y en lugar de la sexta que dichas partidas declaráron generalmente en favor de estos ab intestato (c), el *Fuero Real* concedió (d) á los reconocidos, segun queda visto en el capítulo antecedente (e), el derecho de heredar en todo el patrimonio, ibi: "E si aquel que lo así recibiere por fijo muriese sin

(a) L. 1. tit. 6. lib. 3.

(b) L. 8. tit. 13. Part. 6.

(c) La misma L. 8. tit. 13. Part. 6. y la siguiente.

(d) L. 7. tit. 22. lib. 4.

(e) Número 7.

manda, tal fijo herede lo suyo, si fijos legítimos no oviere, ó nieto, é dende ayuso, é si manda quisier facer, fagala sin empescimiento de aquel fijo que así recibió." Las leyes de *Toro* (a), que forman la última época en el particular, aumentáron el derecho de los ascendientes desde una tercera parte á dos, declarando formalmente que sean herederos forzosos de sus descendientes legítimos *ex testamento, et ab intestato*; pero esto lo limitan, diciendo se entienda "en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarles."

8 Es evidente desde luego que los que tienen este derecho no son otros algunos mas que los naturales de parte de padre, y naturales ó espurios de parte de madre (b), porque no vemos otros en quienes despues de los legítimos podamos suponerlo; pero la dificultad consiste en asegurarnos de si estas últimas leyes han confirmado la del Fuero ó las de Partida relativas á la sexta parte, ó á lo ménos, si aquella ha de ser la preferente segun los principios que sentamos al fin del primer capítulo. No hay duda que parece haberse conservado el sentido de la del Fuero, no solo en la ya citada,

(a) 6.

(b) Mat. gl. 6. tit. 8. lib. 5. Acev. ad eandem leg. n. 64. Avendaño, gl. 9. ad leg. 6. Tauri.

sino tambien en otra inmediata (a), en que consiguiente á ella se declaró que, aunque el padre natural se hallase con ascendientes legítimos, pudiese mandar á sus hijos naturales *justamente* quanto quisiese; induciendo ámbas en los legítimos descendientes, no tanto una simple permision de testar contra lo dispuesto en las Partidas, quanto una confirmacion de lo acordado en el Fuero Real; y estableciendo de este modo entre los naturales de parte de padre y de madre una igualdad proporcionada á su respectiva certidumbre. Pero por mas que tal modo de discurrir parezca conforme con las leyes de Toro, no es una cosa que se pueda sentar por constante: y como por otra parte observemos generalmente en los intérpretes el que, léjos de hacer aprecio de la del Fuero, se refieren á las de Partida, suponiendo y dando á entender el que aquella no está en uso quanto á la sucesion *ab intestato*, de aquí proviene el que, aunque con alguna duda, tributemos á estas la preferencia, reduciendo segun ellas el hijo natural á su sexta parte.

9 Mas si el natural fuese legitimado por rescripto del Príncipe, no es de dudar que adquirió un derecho forzoso á que los padres y demas ascendientes de su línea les instituyan por herederos como los verdaderamente legítimos, segun claramen-

(a) 10.

te lo indica una ley de Partida (a) ibi : E han todos lo proes que han los fijos que nascen de casamiento derecho : " á ménos que los referidos sus ascendientes tengan ya ó les sobrevengan legítimos ó legitimados por matrimonio , pues en tal caso, aunque la legitimacion del Príncipe sea expresa y terminante para que suceda con estos , se lo prohibe la ley de *Toro* (b) ; bien que quanto á los transversales por una y otra quedan absolutamente igualados , y concurren indistintamente á heredarles en los bienes libres (c). Y es muy digno de notar aquí como por el solo reconocimiento del padre natural ya esta ley y otras del mismo título les suponen y consideran por unos individuos ciertos é indubitados de su familia : porque siendo la legitimacion absolutamente inconducente para acreditar el parentesco ; y no pareciendo que deba obstar á los demas consanguineos , como concedida sin citacion suya , es necesario inferir que la certidumbre que ellas suponen no proviene de otra cosa que del reconocimiento , ó de tener el padre á la muger de quien los hubo conocidamente por suya en casa; deduciéndose igualmente que el negar á los natu-

(a) L. 4. tit. 15. Part. 4. et ad eamd. D. Lop. gl. 11.
(b) 12.
(c) Dicha L. 4. y la 7. del mismo título con la 12. de Toro.

rales no legitimados la entrada á heredar con los legítimos , no tanto procede de la incertidumbre de parentesco indicada por otras leyes que luego veremos , quanto de no hallar por justo que se igualasen los hijos de la impureza con los de bendicion.

10 No obstante , por lo que hace á la sucesion de las madres , dice la ley de Partida (a) , "que todo fijo (á excepcion del incestuoso ó procreado de dañado ayuntamiento) debe heredar en los bienes de ella en uno con los demas fijos legítimos" en consideracion á que de ningun modo se puede dudar de la certidumbre de su filiacion (á excepcion de aquel que sea incestuoso , ó llamado ex dannado coitu); "y eso mismo seria , añade la ley , si tal muger como esta fuese dueña de noble linage , ó de honrado lugar : ca si esta á tal hubiese fijo de aquellos que son llamados espurios, non debe heredar en los bienes de ella el espurio con el legítimo." Y he aquí otra relevantísima prueba de la diferencia que se hace entre aquel y el natural , aun respecto de la madre , con la particularidad de influir para esto la calidad y distincion de su linage ; pero en el Fuero Real no solo se advierten separados los espurios , sino tambien los naturales , de concurrir en comun á heredarla

(a) 11. tit. 13. Part. 6.

con los legítimos (a). Las leyes de Toro han seguido el mismo sistema, y así confirmáron las de aquel Fuero, declarando (b) "que los ilegítimos de qualquier calidad que sean no pueden heredar á sus madres *ex testamento*, *ni ab intestato* en caso que tengan sus madres, ó hijo, ó descendientes legítimos:" y solo les permiten el que en vida ó en muerte le puedan mandar la quinta parte de sus bienes. "Pero en caso, añade esta ley, que no tenga la madre hijo ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó descendientes que tuviere naturales ó espurios, por su órden y grado le sean herederos legítimos, et ab intestato." Y no debemos prescindir, como se ve comunmente, de que tambien esta ley ha hecho una notable diferencia entre los naturales y espurios; pues aunque á todos los llama herederos forzosos de la madre, esto parece se entiende en su respectivo caso y por su órden, á saber: que despues de los legítimos entren inmediatamente los naturales, pero que ínterin exístan estos, nunca sucedan los espurios, al modo que segun la de Partida próximamente expuesta se verificaba quando la madre era de noble linage, ó de honrado lugar; porque de otra suerte

(a) L. 1. tit. 6. lib. 3.
(b) 9.

(despues de decidir con la mayor claridad, y nada ménos que dos veces, que los ilegítimos no habian de heredar con los legítimos) ¿á qué vendrian aquellas palabras *por su órden y grado*, sino para denotar la diferencia que va indicada entre naturales y espurios, sobre los quales recae necesariamente? La verdad es que, si hubiesen de concurrir juntos, no solo eran superfluas, mas tambien inductivas de obscuridad en lo resolutivo de la ley; y ni uno ni otro debemos suponer especialmente en las que, como esta, se formáron de intento para quitar dudas.

11 Mas por lo que toca á la sucesion de los colaterales del Fuero Viejo de Castilla (a) se deduce que, muriendo algun pariente mañero ó sin sucesion, que es lo mismo, el fijo de barragana debe heredarle en alguna cosa; pues así lo supone quando dice: "que non debe heredar *todo lo suyo*," no obstante que los Soberanos y Señores de algunos pueblos de aquel antiguo Condado usaban comunmente del derecho de *Maneria*, en cuya virtud venian á suceder á los que fallecian sin hijos; pero en el Fuero inmediato al antecedente es todavía mayor la claridad con que advierte estaba admitido el derecho de los naturales: porque, suponiendo que controvertian los parientes legítimos

(a) 1. tit. 6. lib. 5.

de una Monja con los sobrinos de esta, hijos de barragana, sobre si habian de concurrir con ellos á heredarla en todo, ó no, nos atesta que los alcaldes han hecho la fazaña (*) de desestimar la pretension de los legítimos. Por la legislacion de *Partidas* se dispuso que muriendo el hijo natural sin testamento, descendientes ni ascendientes por línea materna, le heredasen enteramente los hermanos que le perteneciesen por la misma: y que teniendo otros de parte de padre solamente, no le heredasen cosa alguna; "é esto es, dice la ley (a), porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre son ciertos, é los de parte de padre son en dubda: mas si este fijo natural que muriese sin testamento hubiese otros hermanos naturales que le perteneciesen de su padre solamente, é non obiese de los otros que fuesen nacidos de su madre como él, estonce estos á tales bien heredarian lo suyo; porque son los mas cercanos parientes: fueras ende si el que así muriese hubiese hermano natural é legítimo de parte de su padre, ca estonce este ha mas derecho en la herencia que los otros naturales que son de parte de padres solamente. Otrosi decimos que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre; mas de los otros parientes que les pertenecen de parte de su madre, y muriesen sin testamento, bien los pueden heredar seyendo ellos mas propinquos parientes."

(*) Fazañas son las determinaciones de los jueces superiores, las quales se tomaban por modelo para el sucesivo fallo de los casos semejantes.

(a) 12. tit. 13. Part. 6.

12 No hay duda que el derecho de suceder para ser justo ha de ser igual y correspectivo, y que esta debe ser la primera atencion del legislador quando trata de arreglarlo (a), sin que para el caso pueda interesar la legitimidad ó ilegitimidad: porque así como es notoriamente razonable que el que lleva el provecho sufra la incomodidad, *et vice versa*; así tambien, puesto que los legítimos hayan, como es justo, derecho de heredar á sus parientes naturales, en igual caso, y sin diferencia alguna, estos debian sucederlos á ellos. Las leyes en punto á la sucesion ab intestato de los ascendientes y descendientes se han gobernado por esta máxîma: pues en igual parte que declaráron habian de suceder los segundos á los primeros, declaráron tambien que estos debian heredar á aquellos; pero por mas que sea así cierto, la desigualdad de colaterales naturales á legítimos está manifiesta por la que acabamos de transcribir. Es ver-

(a) Bald. com. 17. vol. 4. n. 1.

dad que por los códigos legales que tienen mas privilegiada consideracion en el Foro, parece haberse mejorado mucho el aspecto de los naturales; mas en el particular estan tan escasos, que no bastan á formar idea sólida de haberse corregido la ley antecedente, y por lo mismo es preciso atemperarse á su letra y espíritu.

13 Sienta pues como punto ó reglas de preferencia la mayor certidumbre, la mayor proxîmidad, y la legitimidad. La primera es mas privilegiada que la segunda, y esta que la tercera. La legitimidad prefiere á la naturalidad en paridad de grado; pero la mayor proxîmidad, aunque natural, prefiere á la legitimidad: y así es que los hermanos naturales de parte de madre excluyen al legítimo de parte de padre; y este heredará como mas próxîmo, quando no exista alguno de aquellos, no obstante que la ley niega al mismo natural, de cuya herencia tratamos, el que en igual caso ni en otro pueda aspirar así á la de sus hermanos legítimos de parte de padre, como de los demas parientes de su línea. En la herencia de todo transversal por parte de madre siempre los naturales mas próxîmos debian preferir á los legítimos mas remotos segun esta ley; pero segun la octava de Toro, quando aquellos traten de heredar á un hermano, concurrirán juntamente con ellos los sobrinos legítimos en representacion de su padre de

igual calidad. No habla de quando entre los naturales y legítimos hay mayor ó menor conjuncion de sangre, cuyos efectos se limitan al segundo grado (a): la resolucion, segun las máxîmas de esta ley de Partida, no es muy clara; pero la razon y la autoridad de los mas clásicos escritores (b) persuaden que entre dos ó mas hermanos é sobrinos, los unos conjuntos *ex utroque latere*, y los otros *ex uno tantum*, los primeros deben preferir á los segundos; y de aquí sin necesidad de descender á casos particulares entre los consanguineos de ulteriores grados, se podrá deducir fácilmente lo que debe resolverse en cada uno.

(a) L. 5. tit. 13. Part. 6.

(b) D. Lop. ad leg. 11. tit. 13. Part. 6. Gomez ad LL. 9. 10. 11. et 12. Tauri, nn. 48. et 49. Mat. gl. 4. ad leg. 6. tit. 8.

CAPITULO IV.

SOBRE EL DERECHO DE LOS NATURALES Á SUCEDER EN LOS VÍNCULOS DE TERCIO.

1 De la reunion de los principios generales, y especialmente del establecimiento de nuestro primer código nacional que hemos indicado (a), no solamente se deduce el derecho que por necesidad compete á los hijos legítimos respecto de la herencia de sus padres; mas tambien que consultando al justo respeto, obsequio y reverencia á que estos son acreedores natos, les ha dexado en su propia mano la llave de la recompensa del bien ó del mal. Este es sin duda uno de aquellos monumentos mas preciosos que atestarán eternamente la rectitud y profunda sabiduría de nuestros primeros Soberanos, y de los Concilios con quienes acordaban sus leyes. En los padres han creado un tribunal de justicia: á los hijos impusiéron el freno de su desliz ó desacato. Así que, sin separarse de que eran acreedores naturales de la dignidad y fortuna paterna, les han estimulado eficazmente por medio del premio á que se esmerasen á qual mas en tributar el honor, la

(a) L. 1. tit. 4. lib. 4.

obediencia y el auxîlio correspondiente á los autores de su exîstencia, dexando en estos el arbitrio de remunerar al que mas se aventajase, ó de igualarlos, si en todos versase igualdad de amor y de obsequio: siendo tambien de advertir que, además del quinto de que la ley les ha permitido libre disposicion en beneficio de su alma ó de algun bienhechor extraño, les permitió el que deliberasen segun su voluntad de aquellas mercedes que les dispensase el Soberano para excitar unos y otros al mejor servicio de la patria; y no son ménos de notar las otras dos circunstancias de la ley relativas á que pudiesen señalar al hijo mejorado su mejora en cierta y determinada cosa; pero mas particularmente de que el referido mejorado no pudiese hacer de ella sino lo que ellos mandasen; ibi: "nen el fijo, nen la fija, nin el nieto, lo que hubieren de aquella tercia, non poden ende facer ninguna cosa, sinon lo que el mandó el padre ó el abolo."

2 En el Fuero Viejo de Castilla no se observó por cierto tan buen sistema, pues habiendo limitado la facultad de los padres á no disponer en perjuicio de los hijos de mas que la quinta parte de sus bienes por su alma, se declaró expresamente que ningun fijo-dalgo que tuviese hijos ó hijas pudiese mejorar al uno en mas que al otro, sino al mayor en el caballo y armas para

servir á su señor (a). Y aunque es cierto que en este Fuero solo se hace mencion del fijo-dalgo, no debemos dudar que con mayor razon se entiende haber decidido lo mismo para con el plebeo: lo primero, porque la privacion de disponer en mas del quinto era una providencia no limitada al hidalgo, sino absoluta y universal para con todos: y lo segundo, porque siendo este cuerpo legal, aunque general para los pueblos de Castilla, una coleccion que tuvo en particular consideracion los privilegios de los hijos-dalgo, no concediendo á estos mas libertad en la mejora que respecto del caballo y armas, con ménos razon es visto haberla concedido á los del estado general, y mas á vista de que por su dotacion é instituto no tenian tal caballo, ni tales armas.

3 Es verdad que segun la legislacion de las Partidas se reducia la legítima de los hijos y regulaba segun su número; esto es, que llegando hasta el de quatro fuese la tercera parte de la herencia del padre, y la metad llegando al de cinco, ó excediendo de él (b), con la declaracion expresa de que cada legítima en su caso habia de ser "libre é quita, sin embargo, sin agravamiento, é sin nin-

(a) LL. 6. y 4. tit. 2. lib. 5.

(b) L. 17. tit. 1. Part. 6.

guna condicion (a);" pero este cuerpo legislativo, como ya se dixo (b), nunca tuvo una observancia independiente, sino precaria y supletoria: y así quando se publicó el *Ordenamiento de Alcalá* ha quedado sujeto á la observada disposicion del *Fuero Real*, en donde se ordenó nuevamente (c) que el que tuviese hijos ú otros descendientes legítimos no pudiese disponer sino del quinto de sus bienes en beneficio de su alma ó de los extraños; y aunque la misma ley que ha declarado esto declaró tambien que el padre pudiese mejorar á uno de sus hijos en el tercio, quedó subsistente quanto á él la calidad de que fuese libre é quito sin agravamiento ni condicion, á la manera que estaba resuelto por la citada ley de partida.

4 El padre pues de ningun modo excogitable podia perjudicar al hijo en su legítima, ya fuese por via de donacion puramente graciosa ó remuneratoria, ya por venta ú otra especie de enagenacion fraudulenta: porque estándole prohibido el que lo hiciese directamente, es visto, y con mayor razon, que se le ha prohibido por medios indirectos. (d).

(a) L. 11. tit. 4. de la misma Part. 6.

(b) Cap. 1. n. 10.

(c) L. 9. tit. 5. lib. 3.

(d) D. Lop. gl. 13. ad leg. 8. tit. 4. Part. 1. D. Lara, de Capell. lib. 1. cap. 7. n. 30.

Aun quando, hallándose sin hijos, hiciese una donacion irrevocable, así del todo, como de considerable parte de sus bienes, se revocaria enteramente por su superveniencia (a): y finalmente qualquiera que sea el gravamen impuesto sobre la legítima, ya en cantidad, ya en tiempo, lugar, modo ó qualidad, se remueve de ella *ipso jure*, y aunque el hijo no lo reclame, puede hacerlo hasta su heredero extraño: de suerte que para subsistir no basta el consentimiento tacito que parezca inducir su silencio, sino que es menester sea expreso, claro y específico; entendiéndose así la ley de Partida (b), que dice que de qualquier modo que el hijo consienta en su exheredacion, ó en que no se le dexe su legítima íntegra, no puede querellar contra el testamento de su padre. Supóngase que este le dexa algo mas que la legítima, gravando la una y lo otro, y que el tal hijo usó de todos los bienes; pero por eso no es visto haber aprobado el gravamen, como, segun el Señor Castillo (c) lo ha estimado varias veces la Real Chancillería de Granada: y aun quando el consentimiento sea expreso, claro y específico, para que se le grave la legítima corta que le dexe el padre, junto con mu-

(a) L. 8. tit. 4. Part. 5.
(b) 6. tit. 8. Part. 6.
(c) Lib. 5. Controv. cap. 107. nn. 37. 38. 40. 47. 72. 76.

cho mas, esto es, la mejora de tercio y quinto, como en recompensa del tal gravamen, no lo conceptúa seguro el Señor Covarrubias, y por eso aconseja se obtenga cédula real en confirmacion suya (a).

5 No falta no obstante quien diga que la mejora se podia gravar con fideicomiso ú otra especie de carga, y que de este modo (si creemos á Don Christobal de Paz (b) y á algun otro) lo entendian los que precediéron á las leyes de Toro, porque así como el padre podia dexar de mejorar, no era extraño pudiese gravar al agraciado; pero semejante modo de discurrir, una vez que no sea adivinado, seria á lo ménos un medio de defraudar la clara disposicion de la ley, que consideró que el todo del patrimonio del padre era legítima forzosa de los hijos, excepto el quinto. Es cierto que en el Fuero Gótico, y ley que al principio de este capítulo se ha transcribido, se abriera al padre una puerta franca para gravar la mejora del tercio, ya fuese con fideicomiso ú otra especie de substitucion; pero ello es de que no hay memoria ni rastro alguno en los demas cuerpos legales de que se le diese toda la extension de que es susceptible. En las siete Partidas se halla adoptado el fideicomiso y otras substituciones; mas con respecto á ninguna

(a) In cap. Rainaldus, §. 2.
(b) Ad leg. 200. Stili.

de ellas se ve autorizada la facultad de imponerlas sobre la legítima, ántes por el contrario, segun queda manifestado. Las del Estilo, que no son mas que una declaracion de las del Fuero Real, hablan de la mejora de tercio, y de las dudas que habian ocurrido sobre la ley de este cuerpo que va citada; pero tampoco indican ni aun remotamente el que se moviese la de si el padre podia gravarle. Tal es pues el modo con que una de ellas se explica (a). "Algunos dicen que este tercio (habla determinadamente del de la mejora del Fuero Real) debe ser tomado de todos los bienes, mas no en una cosa apartadamente; y esto no es así; ca bien puede darle este tercio de mejoría en una cosa apartadamente de las suyas, mayormente si son casas ó torres, ó otra cosa que no se pudiese partir sin menoscabo."

6 He aquí evidenciado todo lo á que se reducia la duda sobre la ley del Fuero Real desde su publicacion hasta las del Estilo. Desde estas á las de Toro se suscitó, si viviendo el padre, se podia mejorar al nieto ú otro su descendiente, y se resolvió que sí (b); pero la del Fuero Juzgo no podia servir de fundamento para formar la duda que refiere Paz, porque habia algunos siglos que estaba desusado,

(a) La 213.
(b) L. 18.

y tal vez como olvidado quando se celebráron aquellas cortes, puesto que ya en las leyes del Fuero Real, é ya en las de Partida roboradas por el Ordenamiento (a), se privara el uso de otras algunas que las que no fuesen estas y las pragmáticas posteriores; lo qual se acaba de demostrar con la misma duda que refiere la del Estilo, pues á no haber perdido toda su eficacia aquel antiguo código, ¿cómo podria sufrirse la mas leve sobre el particular de señalamiento que allí estaba decidido de un modo el mas terminante? La razon de que siendo el padre árbitro de no mejorar, por el solo hecho de hacerlo, pudiese gravar, era tan débil que no podia tener séquito. Don Christobal de Paz, y mas que hacen referencia de ella, no la prueban, especialmente teniendo, como tiene, quanta repugnancia puede desearse para hacerse increible. ¿Habia de introducirse sin ley y sin razon convincente contra la general determinacion de la Partida, que quitó todo agravamiento, é toda condicion del patrimonio que componia la legítima? Supongamos enhorabuena que estuviese recibido comunmente que el mejorante pudiese imponer en la mejora algun fideicomiso temporal: ¿pero un gravamen perpetuo y vincular? Si nadie podia vincular en aquella época, ni aun aquellos á quienes se permitia

(a) L. 1. tit. 28.

disponer libremente de sus bienes, á ménos que obtuviesen privilegio ó facultad real para ello: si, por hablar mas claro, no se conoció hasta las leyes de Toro otro vínculo ni especie de mayorazgo (a), ¿cómo habia de poder moverse esta disputa? Claro es pues que seria una necedad, que á lo ménos no exígia la consideracion de la ley; y claro es de qualquier modo que ella ha corregido en esta parte la libertad de que gozaba el hijo en su mejora, que introduxo un derecho nuevo, y que como tal segun las reglas comunes, léjos de ampliarse, es de restringir en quanto permita su expreso.

7 Y no debemos omitir aquí, ántes bien hacer un muy particular recuerdo de otras tres leyes de Partida, que tratan de las substituciones exemplar y fideicomisaria, y de las condiciones que el padre puede poner á su hijo sobre lo que le dexe además de su legítima. En quanto á la primera dice una (b) "que si el hijo loco á quien dan el substituto obiere fijo ó nieto, ó alguno de los otros que descienden por derecha línea del, debenlos substituir en su lugar, é non á otros. E si alguno de estos non obiere, estonce le pueden dar substituto á su her-

(a) Dictamen de la Real Sociedad de Madrid sobre la Ley Agraria dispuesto por el Señor Jovellanos, n. 197.

(b) L. 11. tit. 5. Part. 6.

mano, si lo obiere; é si non obiere hermano, puedenle dar por su substituto á otro extraño." Quanto á la segunda dice otra (a): "que si alguno que tuviese dos fijos, qual ámbos fuesen legítimos, qual naturales, estableciese en su testamento que el que muriese primeramente que el otro, el que fincase vivo heredase los bienes del muerto, y este dexase fijos, ellos deben heredar los bienes de su padre, é non su tio:" y da la razon: "porque siempre se entiende por derecho maguer el padre no lo diga paladinamente, que muriendo el uno, é dexando fijos, que el otro hermano non debe heredar lo suyo, mas los fijos del muerto lo deben haber." Finalmente, quanto á las condiciones dice tambien otra ley (b): que "si el padre quisiere establecer su hijo por heredero en mas de su parte legítima, en aquello que le dexa de mas bien le puede el padre poner aquella condicion que es en poder del fijo de la cumplir. Mas ninguna de las otras condiciones::- E si las pone non empescen al fijo heredero, maguer non se cumplan."

8 Los que contribuyéron á la formacion de la veinte y siete de Toro, como que eran de los mas famosos jurisconsultos de España, no podian ménos que tener muy presentes no solo estas y las demas

(a) 10. tit. 4. ead. Part. 6.

(b) 11. tit. 4. suprad.

leyes terminantes á los hijos legítimos y naturales, sino tambien las máximas y principios generales que llevamos enunciado, y la concibiéron en tales términos: "mandamos que quando el padre ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento ó en otra qualquiera última voluntad, ó por contrato entre vivos; que le puedan poner el gravamen que quisieren, así de restitución como de fideicomiso, y hacer en el dicho tercio los vínculos, sumisiones y substituciones que quisieren, con tanto que lo hagan entre sus descencientes legítimos, y á falta de ellos que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de les poder heredar, y á falta de los dichos descendientes que los suso puedan hacer entre sus ascendientes, y á falta de los susodichos puedan hacer las dichas sumisiones entre sus parientes, y á falta de parientes entre los extraños, y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno ni condicion en el dicho tercio. Los quales dichos vínculos y sumisiones, ora se hagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto, mandamos que valgan para siempre, ó por el tiempo que el testador declarare, sin hacer diferencia de quarta ni quinta generacion." Observamos por decontado como la ley tuvo un especial cuidado de declarar que entre tercio y quinto no hubiese diferencia alguna quanto á la

progresion de las substituciones; y esto no dexa de ser una señal bastante clara de que los mismos legisladores han conocido que su resolucion introducia una novedad que no seria muy bien recibida en el comun de los juristas con respecto al tercio, y que tiráron por lo mismo á evitar toda estricta interpretacion.

9 Pasemos pues ahora á las dudas que presenta el anterior y principal contesto de la ley, á saber: las unas que miran al derecho ó facultad de vincular; y las otras á la de hacer los llamamientos, ó al derecho que declaró á cada uno de los llamados. Ya no se duda en quales son los ilegítimos de que habló, esto es, que no son otros mas que los naturales de parte de padre, naturales y espurios de parte de madre (a). Lo primero que se duda es si el órden que prescribió esta ley es substancial, ó tal que el mejorante no pueda alterarlo de modo alguno: ó si en virtud de aquella palabra *puedan* ha dexado en su arbitrio y facultad el seguir ó dexar de seguir el insinuado órden; porque en caso de resolverse por la afirmativa, no solo podria dexar de llamar á los naturales ó espurios en su respectivo caso, sino tambien á algunos legítimos. Angulo (b) resuelve abiertamente por la afirmativa,

(a) D. Cast. cap. 98. lib. 5. controv. nn. 18. et 19. et cap. 30.
(b) Ad leg. 11. gt. 11.

fundándose en que así viene á ser conforme con las demas leyes que facultan al padre, que instituya ó dexe de instituir por heredero á su hijo natural. Tello Fernandez (a), hecho cargo de la misma razon, y suponiendo por cierta la negativa, considera por justa la ley con respecto á la madre, atento á que en ella versa la necesidad de llamar por heredero á su hijo natural ó al espurio; y por injusta con respecto al padre, concluyendo con decir que no alcanzó su razon y espíritu. El Señor Castillo (b) tambien confiesa que no pudo penetrar el motivo por que precisase al mejorante á llamar á aquellos descendientes ilegítimos; pero resuelve, siguiendo no solamente á Tello Fernandez, sino á otros muchos, que el órden por ella prescripto es preciso, formal é inalterable en todo caso. Tal es el efecto de una arraigada preocupacion en sostener que la ley se estableció mas por favorecer al mejorante que al mejorado y su descendencia: pues entendiéndola de este último modo, en él mismo hallarian una fácil y clarísima satisfaccion.

10 Concluyamos pues en que aquella palabra *puedan* no recae sobre la facultad de conformarse ó no con el sistema adoptado por la ley; esto es, sobre llamar ó dexar de llamar las clases de per-

(a) Gl. ad eamd. leg. 27.

(b) Cap. 30. fere per tot. et 98. n. 2.

sonas que ella refiere, sino sobre poder continuar las substituciones ó llamamientos, no solo en el primer grado y órden, sino tambien en el segundo, tercero, quarto, &c. ¿Qué diriamos luego quanto á los ascendientes, respecto de los quales sigue correlativamente con la misma palabra *puedan*, sin alterar de modo alguno su sentido? ¿No son acaso unos herederos forzosos igualmente que los descendientes legítimos?

11 Consiguiente á esta qüestion tocaremos tambien como por incidencia las tres siguientes que terminan. La primera á indagar lo que debemos sentir quando, llegando el mejorante á uno de los grados ó personas, á cuyo llamamiento le precisa la ley, resolviese la vinculacion dexando los bienes libres, para impedir que haga tránsito al tal grado ó persona. He visto la fundacion de un vínculo de tercio, en que, para asegurar la exclusion que el fundador hacia del natural, se prevenia que ántes de llegar á él se hubiese por extinguido y acabado. Llegó en efecto, y sostenia que el vínculo habia de continuar sin hacerse aprecio de la determinacion del fundador, porque habia indicado con bastante claridad que su objeto era defraudarle en el derecho que le declarara la ley; pero lo cierto es, y así se estimó, que esta razon era insuficiente: porque procediese ó no el fundador con fraude, lo que conducia exâminar era si usara de

uno de los dos extremos que le competian: á saber, ó el de vincular perpetua ó temporalmente. No es de dudar pues que vinculando ya de un modo, ya de otro, si no se arregla á la ley durante qualquiera de los dos tiempos, dexando subsistente el vínculo, se reducen los llamamientos á lo que ella prescribe segun la mas sana y conforme opinion (a) contra los que juzgan que se anula enteramente; pero si el fundador quiere poner término á su vínculo, ántes que entre en aquella persona, á quien de otra manera no puede privar de suceder, usa, como puede, de su derecho, y aunque de ello se le siga perjuicio, no tiene arbitrio sino el de tolerarlo; además de que entónces se llega al caso en que el padre, último sucesor, ú otro pariente del natural, que lo sea, le puede dexar los bienes, de que se compone, en calidad de libres.

12 La segunda consiste en saber si el mejorante que vincula podrá excluir de su vínculo á las mugeres, á los Clérigos y á otras personas de cierta clase; acerca de la qual es preciso resolver que no puede hacerlo absolutamente, esto es, en caso que los excluidos no tengan algun otro consanguineo legítimo, ó ilegítimo descendiente de mejorante y mejorado, por no contravenir á la expresa determinacion de la ley; pero sí en el caso de que tengan alguno de estos: porque así como el mejorante ó el mejorado, haciendo su mejora, podian ó pudiéron elegir al hijo que les acomodara, tampoco parece pueda haber dificultad en que este ó aquel de sus descendientes sean excluidos (a). Y lo mismo que se dice puesta la qüestion en los antecedentes términos, debe decirse en los vínculos de agnacion, ó saltuarios, ó de calidad; porque en unos y otros militan las propias razones.

13 La tercera y última se reduce á manifestar si compuesta la mejora no solo del tercio, sino tambien del quinto, pero con llamamientos contrarios á la precitada ley veinte y siete, se separará uno del otro, ó seguirán unidos, reduciéndose á lo en ella determinado. Algunos indistintamente opinan el que se separan, y sigue cada una de las dos mejoras diferente rumbo: la del tercio el señalado por la ley, y la del quinto el prescripto por el mejorante; y fundados otros en que esta en clase de acesoria sigue á aquella como mas principal, tambien sostienen generalmente que ámbas se gobiernan por la ley. El Señor Roxas de Almansa (b), que exâminó la qüestion mas radicalmente que nadie,

(a) D. Cast. cap. 98. ex n. 10. D. Rox. de Alm. disp. 1. q. 11. n. 17.

(a) D. Cast. supr. proxime.

(b) Disp. 1. q. 11. per tot.

despues de establecer como toda union solo puede hacerse de uno de tres modos, á saber: *æque, et principaliter, per incorporationem, et per aggregationem*: y sentando por regla general que en la primera cada cuerpo vincular sigue sus diversos llamamientos, porque se conservan con entera independencia; y al reves en las dos restantes, en que comprehende el caso de que tratamos, porque se confunden, y constituyen un solo mayorazgo, concluye diciendo que se ha de observar atentamente á la voluntad expresa ó conjeturada del agregante; cuya máxima en qualquiera materia pendiente del libre arbitrio del hombre, como la presente, es sin duda la mas segura; y en este firme concepto, sin prescindir enteramente de aquella regla, diremos que si hay mas urgentes conjeturas de que el ánimo del mejorante era anduviesen unidas las dos mejoras, que el que se separasen, en tal caso una y otra deben reglarse por los llamamientos de la ley; pero que si persuaden que el objeto principal era el de que se efectuasen los llamamientos que ha prescripto, entónces se separarán, y cada una seguirá á la manera que va expuesto.

14 De las dudas que pertenecen al órden adoptado por la ley en los llamamientos, la primera que suele proponerse consiste en saber positivamente de qué descendientes legítimos é ilegítimos, ascendientes y colaterales ha hablado, á saber: si de los del mejorado, si de los del mejorante, si de los de ámbos, y finalmente, si no solo de los de estos dos, sino tambien de cada uno de aquellos por quienes se vaya derivando la mejora. No hay extremo alguno de estos quatro que no tenga mas ó ménos defensores. Todos han pretendido salir de la duda, y afianzar su dictamen, reflexionando sobre el material contesto de la ley, su verdadero régimen y sentido gramatical; y todos convienen en que el pronombre *sus*, de que usa, segun el giro y organizacion de nuestro idioma, se refiere comunmente al sugeto que le precede mas inmediatamente, y al mas principal agente ó paciente de la oracion, que se dice el héroe de ella, versando toda su dificultad en asegurarse de qual es este.

15 Unos baxo el concepto propuesto sientan (a) que, á vista de sacarse por el material contesto de la ley, que el sugeto mas próximo al pronombre *sus* es el mejorado, á él se debe referir, y de aquí concluyen que la ley habló no solo de los descendientes legítimos, sino tambien de los ilegítimos del mejorado ó mejorada. Otros (b) discurren que siendo evidente que en infinitas ocasiones, por dar

(a) Avendaño ad leg. 27. Taur. gl. 2. con algunos modernos defensores de los naturales.

(b) Angulo ad eamd. gl. 4. et 9. Gutierr. pract. q. 53. y otros defensores modernos contra los naturales.

fluidez al periodo, y evitar el fastidio de la repeticion, omitimos expresar segunda y mas veces el sugeto que determina el verbo y la oracion, obrando igual efecto tacita que expresamente, puesto que dicho pronombre se refiera al sugeto mas próximo, debe entenderse de los mejorantes, y no del mejorado; y de consiguiente que el *sus* que connota á los *descendientes ilegítimos* se refiere á los padres mejorantes, que son el nominativo tácito del verbo *puedan hacer*, de modo que sea adjetivo del acusativo *descendientes ilegítimos*, y relativo del nominativo: y á fin de comprobar este régimen ó sentido, tambien añaden que el pronombre *los* que se halla en la siguiente oracion, *que hayan derecho de los poder heredar*, se refiere por necesidad, no al mejorado, sino á los mejorantes; porque en otro caso seria preciso que el legislador hubiese cometido el mas clásico solecismo, puesto que quedando el mejorado en número singular, solo puede concertar con el padre ó la madre mejorantes, que se hallan en plural. Lo comprueban mas, porque no pudiendo dudarse que el *sus* adherido al substantivo *bienes* recae sobre los de los citados mejorantes, por igual razon debe entenderse que les hace referencia en los *descendientes legítimos é ilegítimos*: pues, segun dicen, el giro y el régimen de toda la ley es uno mismo. Y finalmente, para mayor claridad figuran que la ley estuviese concebida en los términos siguientes: "Mandamos que quando el padre ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes, que le puedan poner dichos padre ó madre á el tal hijo ó descendiente el gravamen que los indicados padres quisieren, y puedan los padres hacer en dicho tercio los vínculos, sumisiones y substituciones que ellos quisieren; con tanto que los dichos padres los hagan entre sus descendientes legítimos, y á falta de ellos que los puedan hacer dichos padres entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de los poder heredar." Y aquí, quando continúa la ley con los otros dos órdenes de llamamientos entre ascendientes y colaterales, suspenden su giro, triunfando muy satisfechos de que ellos solos han dado en el hito de la dificultad.

16 Otros (a), eligiendo una media via entre las dos antecedentes opiniones, dicen que el pronombre *sus* recae sobre el mejorante y mejorado copulativa y disyuntivamente: esto es, que habiendo descendientes, ya legítimos, ya ilegítimos de ámbos (y lo mismo se entiende de ascendientes y colaterales), deben preferir á los del uno solamente: y algunos (b), haciendo supuesto de que la prece-

(a) Rox. 1. part. cap. 6. §. 15. D. Elizondo, Práctica univ. tom. 3. pag. 99.

(b) Noguerol, alleg. 25. n. 107.

dente opinion es la mas bien fundada, tambien extienden la referencia de aquel pronombre á los descendientes legítimos é ilegítimos, ascendientes y colaterales de cada uno de aquellos, en quienes recaiga ó deba recaer la mejora; de forma que en qualquiera de ellos que falte legítimo descendiente suceda el ilegítimo natural ó espurio con preferencia á sus ascendientes y transversales legítimos.

17 Pero yo creo que es preciso obcecarse demasiado para no penetrar el genuino sentido de la ley. Esta manifiesta que tiene dos partes igualmente principales: la una terminante á declarar que el mejorante puede gravar; y la otra á como ha de gravar. Quando supone que el padre ó madre mejoren, y les declara con potestad de gravar, habla de uno en singular, porque solo *alguno de sus hijos ó descendientes legítimos* era el mejorado y gravado; mas quando trata de arreglar ó explicar como debe entenderse aquella potestad, dice que *ha de y pueda ser* respectivamente *entre sus descendientes legítimos y los ilegítimos* de ellos mismos y del mejorado copulativa y disyuntivamente, al modo que diximos de los del mejorado y mejorante, todos ellos á uno y á mas grados distantes de aquel; esto es, precisamente entre los descendientes de dicho mejorado, como entre muchos derivados de él solo, no como entre muchos hermanos suyos.

18 De los suplementos hechos para probar que el pronombre *sus* se referia únicamente al mejorante sobre poder decir, quando alteráran el sentido de la ley, que no se dirigian á manifestar lo que quiso decir, sino que dixese lo que quisiéron sus inventores, sacarémos al fin en conclusion que nos dexáron la dificultad en el mismo estado en que se hallaba: porque en supuesto de que nadie duda que el padre ó madre mejorantes sirven de nominativo á los verbos *hagan y puedan hacer*, siempre que se repiten en la ley, tanto vale el que este se supla, como que no, segun aquellos mismos lo confiesan. El que el referido pronombre, quando se trata de bienes, recaiga sobre los mejorantes, y no sobre el mejorado, nada importa: porque una cosa es que en aquella parte le refiera la ley á ellos, como hablando de cosa propia, y otra muy distinta quando trata de los *llamamientos*, no entre sus hijos ó descendientes legítimos (puesto que ya suponia escogido el que de ellos habia de llevar la mejora), sino entre los de el así mejorado. Y de la misma clase, si no es de peor, viene á ser la otra ilacion que se saca del pronombre *los* en la cláusula *que hayan derecho de los poder heredar*, sin que obste la diferencia de que en otra oracion usó la ley de la terminacion *le*: porque el mejorado, á quien esta hace referencia, quedaba entónces en singular, y quando usó de aque-

lla no hace relacion á los mejorantes, sino al mejorado y á los legítimos descendientes de este, ibi: "y á falta de ellos que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de los poder heredar." ¿Quiénes serán los *ellos* sino el mejorado y sus legítimos descendientes? ¿Y quiénes los *sus* sino los ilegítimos de estos mismos denotados por la terminacion *los*? ¿Habrá no obstante á quien se le ofrezca de buena fe el impugnarlo? Por lo ménos yo no lo alcanzo, y estoy firmemente persuadido de que el verdadero sentido de la ley es que se debe llamar á los ilegítimos de uno y de otros que tengan derecho de heredarles en el caso que mas adelante demostraremos. Pero convengamos en que su sentido todavía no está bien ilustrado. En efecto, á los de contrario dictamen no puede concederse partido mas ventajoso; yo supongo no se negarán á confesar con los mas sensatos que especialmente en caso de duda el espíritu de la ley debe ser antepuesto á la materialidad de sus palabras (a). ¿Y cómo conservaremos el acierto sino interpretándola del modo que sea mas natural y legal, conforme á la razon, y conseqüente con las demas leyes? Consultémoslas pues aun mas á fondo, y acabaremos de demostrar las varias equi-

(a) D. Rox. de Alm. disp. 1. q. 5. n. 18.

vocaciónes que en el particular padecen estos intérpretes.

19 Ya queda indicado; pero con mas oportunidad aquí debemos fixar por máxima, que para llegar á certificarse indudablemente del verdadero sentido de la ley veinte y siete, es preciso no perder de vista el objeto que se propuso, y la contemplacion por quien obró principalmente acerca de los llamamientos, á saber: si por el mejorante, si por el mejorado, si por ámbos ó por cada uno de sus descendientes. Esto es lo que se va á manifestar, trayendo para ello á la memoria los mas interesantes principios que hasta aquí fuimos derramando. Es un supuesto la diferencia hecha por las leyes entre los hijos legítimos é ilegítimos, y como mezclados por las mas antiguas en algunos casos, por las mas modernas se ha prohibido á los segundos de que concurriesen unidos con los primeros; pero así como esto es evidente, lo es del mismo modo que (no gozando segun aquellas leyes mas que de un derecho de ser alimentados los naturales segun la calidad de la persona y patrimonio del padre, aun contra su disposicion testamentaria, ó el de sucederle solamente ab intestato en la sexta parte de su herencia, sin poder ser instituidos en toda ella, á ménos que su padre no tuviese ascendientes legítimos) por estas se les aumentó su derecho á llamarles por sucesores

ab intestato del referido su padre, ó quando ménos á que les pueda dexar quanto quiera, quitando de en medio el embarazo de los ascendientes legítimos que lo impedian; conservándoles además con respecto á la madre un derecho forzoso é invariable igual al de los legítimos.

20 Vemos por otra parte que, aunque el padre tiene facultad, y la tuvo desde antiguo, de mejorar á un hijo, nieto ú otro descendiente legítimo, el tal tercio es y ha sido siempre considerado desde el Fuero Juzgo como una parte esencial é integrante de la legítima de los hijos ó demas descendientes legítimos, de suerte que ó el padre no mejoraba, y entónces recaia en todos por iguales partes, ó mejoraba, y en tal caso le llevaba solamente el mejorado, quedando los demas sin otra accion á la mejora que la que les quisiese dispensar la afeccion de su hermano, sobrino ó primo, puesto que se hacia del *pleno jure*, y podia disponer de ella segun su arbitrio y voluntad: y como tratando de manifestarla, nada parezca mas verosímil que el que pospondria todos estos colaterales á su propia sangre propagada por los hijos naturales; de aquí es que conformándose las leyes con una presuncion tan propia del hombre, al paso que le dexáron en libertad para disponer segun quisiese, le indicáron tambien el camino que dicta la misma naturaleza, quando le quitáron de en

medio el estorbo de los ascendientes, y usan freqüentemente del lenguage de que aquellos *tengan derecho á heredar y hereden justamente.* Y de aquí provino finalmente el sistema que se observa entre aquellas y otras leyes, de haber ido aumentando gradual y progresivamente el derecho de esta clase de hijos, así quanto al concepto público, como quanto á las sucesiones hereditarias.

21 La veinte y siete de Toro tenia muy á la vista todo esto, y era preciso que fuese consiguiente, quando ménos, á las antecedentes establecidas á un mismo tiempo. Pues ahora: ¿seria bueno que, instituido el mejorado por cabeza de una sucesion vincular, en defecto de hijos ó de otros legítimos descendientes, hubiese de preferir los hermanos ú otros colaterales á su propio descendiente natural, en cuya comparacion no merecen otro concepto que el de extraños (a)? ¿seria bueno, repito, que aventajándoles no solo en esta especie de predileccion é inclinacion natural, que jamas puede desnudar el hombre de sí mismo con respecto á su viva imágen, sino tambien (aunque no hagamos caso del derecho de suceder ab intestato que le franquea el Fuero Real) en el forzoso positivo de ser alimentado segun las circunstancias de su padre, le hubiese de posponer á dichos colaterales? !Ah! Pe-

(a) D. Rox. de Alm. disp. 1. q. 6. n. 34.

ro la ley estaba muy distante de abandonar todos estos sentimientos, ántes por el contrario tuvo mucho cuidado de que el mejorante, una vez que entraba á disfrutar de una facultad que hasta entónces no habia conocido, á lo ménos legítimamente autorizada, siguiese las miras de la naturaleza observando el sistema, el órden y el espíritu de la demas legislacion. En efecto, quanto mas se medita sobre la graduacion de sucesiones que hiciéron las leyes del Fuero, Toro y Partidas, tanto mas se asegura nuestro concepto de que unas y otras, y especialmente las últimas, consultáron muy á fondo al amor natural del hombre. El legítimo lo prefiriéron al natural: este á los padres legítimos; y estos á los hermanos de igual clase: con que siendo los naturales primeros en órden que los ascendientes, es visto que lo son tambien, y con mayor razon á los tios legítimos. Y así se infiere que derivada la mejora en el mejorado, ha sido la intencion de la ley, de que tratamos, que sucediese su hijo ú otro descendiente natural con antelacion á sus legítimos hermanos y otros qualesquiera transversales, considerando que á habérsele deferido libremente, como se observaba y era preciso observar ántes de esta ley, segun dexamos demostrado, á ningun otro preferiria; ó quando que le prefiriese, usando de su libertad, ni era presumible, ni conforme á los regulares sentimientos.

No así ínterin tuviese legítimos descendientes; porque mirada la sucesion desde dicho mejorado, siempre es visto haber preferido á estos, al modo que se supone que el mejorante, si fué un árbitro ó dueño con absoluta facultad de disponer, y que consultase únicamente á su voluntad, preferiria todos los legítimos descendientes á los naturales; de que se evidencia que la ley no hizo otra cosa mas que extender, suplir ó manifestar estas mismas ideas, haciendo del mejorante un comisario legal del mejorado, y á los dos como confundadores de un solo vínculo.

22 Es verdad, se dirá, que todo esto procederia en el caso que la mejora hubiese emanado libre y sin gravamen alguno desde el mejorante; pero no quando al mismo tiempo que mejora le imprime el carácter de vincular: ó de otro modo la mejora se hace en pleno dominio, ó recae con absoluta libertad de disponer de ella al mejorado, despues que esta se hace irrevocable en su cabeza, pero no ántes: ántes de llegar á este grado no es patrimonio suyo, sino del mejorante; y así como podia no hacerle esta gracia, y sí á otro, tambien parece que el órden de predileccion se ha de tomar no del mejorado, sino del mejorante; y del mismo modo que debe suponerse que el mejorado preferiria su descendencia legítima á la natural, por igual razon se entiende que el mejorante prefirió to-

o

dos sus descendientes legítimos á los naturales. A la verdad que este modo de discurrir solo contiene una pequeña variacion en los términos de la duda ó qüestion que refiere Paz. Supone que no contenta la ley con mirar principalmente por el mejorante, quando le concedió la facultad de substituir ó vincular, tambien le tuvo á él en principal consideracion quando trató de darle regla como habia de substituir; que en substancia no es otra cosa que suponer prescindiera enteramente de que ántes se hacia el mejorado un dueño absoluto de la mejora con potestad de disponer de ella francamente: que se olvidó de aquellas atenciones que le inspira la naturaleza para mirar primeramente por su posteridad que por la agena: que no ha querido compensar la facultad que dió al padre de substituir ilimitadamente con la privacion que en igual caso hace al mejorado de disponer segun su voluntad real ó presunta: que ha borrado de un golpe todas aquellas máximas sencillas igualmente naturales que legales, trastornándolo, y dexándolo todo sumergido en la nada. En este supuesto se dice que la ley no suplió ni necesitó suplir en uso de su potestad el presunto llamamiento del gravado. Pero ¿quánto dista el espíritu de justicia que por todas partes resplandece en esta y en las demas famosas leyes de Toro, que son el compendio de los mas principales puntos de la jurisprudencia? No

hay duda que, por mas que el derecho de suceder esté indicado por los síntomas de la naturaleza, recibe su forma y ritualidad por el derecho positivo: y así un legislador en uso de su suprema potestad podria, ya que no anonadarlo, á lo ménos reducirlo á poco; pero ¿será esto acaso desempeñar la estrecha obligacion de establecer las leyes mas justas que pueda imaginar? ¿Seria por ventura lo que tratáron de hacer aquellos católicos Príncipes, que solo llevâron por norte el espíritu de equidad y de justicia en el establecimiento de sus leyes? ¿Seria esto finalmente aquel concierto, uniformidad y conseqüencia con los otros establecimientos recomendados por la inmortal Reyna Doña Isabel en el codicilo, de que dexamos hecho mérito? En las leyes nunca debe suponerse contradiccion, y mucho ménos entre las de un solo cuerpo, especialmente quando son tan pocas, tan inmediatas entre sí, y formadas con el designio de disolver dudas, que con efecto lo han verificado, de modo que entre todas se observa la mas perfecta armonía: circunstancia que, quando no fuera tan evidente, no habria dificultad en comprobarla por convenir en ella la totalidad de buenos jurisperítos.

23 De qualquier modo que se entienda el derecho de un padre en su patrimonio, nunca puede extenderse á mas que á disponer de él pruden-

temente sin disiparlo en fraude de sus hijos: el de estos no es un derecho *in re*, pero sí *ad rem*, inalterable, igual al que tiene un primogénito para suceder en el mayorazgo regular de su padre: pues así como ó este ha de dexar de ser el legítimo sucesor, ó recaer en su hijo por necesidad; así tambien, ó ha de dexar de tener bienes libres, ó en defecto dexar las quatro quintas partes de ellos á su descendencia legítima. Es cierto podia no mejorar al padre del natural; pero no mejorándole á él, mejoraria á otro, que si no tenia hijo, tendria nieto ú otro descendiente de la misma calidad, y entónces (quando se repute por inconveniente la sucesion del natural) solo evitaria uno por incidir en otro igual.

24 Los hijos legítimos no mejorados podrian resentirse de que su sobrino natural llevase la mejora, porque esta se compone de una parte integrante de su legítima; mas tambien el natural heredero de su hermano ab intestato ó por testamento se resentiria de no heredar la parte de mejora que llevase uno de sus tios legítimos, siendo integrante de la herencia de su padre. Igual resentimiento se verificaria en el caso de que, entrada la mejora en un hermano, pasase al sobrino legítimo hijo del mejorado: porque, quedando ellos en un grado superior; y perdiendo por la mejora una parte ó porcion, á que parece debian aspirar por su mayor

proxîmidad con el mejorante, mirarian con tedio á los mas remotos que la estuviesen disfrutando privativamente; pero nadie por eso se atrevió á decir que les debiesen preferir. Por la ley del Fuero Real (a), si no queremos descender á mayor antigüedad, ya el padre podia gratificar mas á un hijo que á los demas, sin que ninguno de estos se pudiese quejar de que usase de menor generosidad para con ellos que para con el otro, ni tuviesen derecho alguno forzoso á sucederle: y como por la de Toro (b) no se añadiese cosa alguna en órden á perjudicar á los no mejorados, sino con respecto al mejorado, de aquí es que habiendo de recompensar, ó tratando de hacer ménos sensible este nuevo gravamen, era preciso que se acomodara á su presunta voluntad. ¿No le bastaba al mejorado que siendo ántes libre en disponer á favor de quien le pareciese, se le coartase su libertad? ¿No le bastaba al mejorante que de este modo pudiese perpetuar su memoria? Una novedad igual ¿no se le habia de hacer bastante dura, sin que á ella se le agregase la precision de abandonar su propia sangre, viéndola pospuesta á sus colaterales, en cuya comparacion, como queda visto, se reputan extraños? ¿Qué diriamos de una madre mejorada? ¿Y

(a) 9. tit. 5. lib. 3.

(b) Dicha L. 27.

qué diriamos finalmente en aquellos vínculos, á cuyos sucesores se les impone aun la obligacion de agregar cierta parte de bienes?

25 Pero supongamos que no haya mejora, y que los hijos sucediesen igualmente en la herencia paterna. En tal hipótesi no les quedaria aquel principio de resentimiento con que se quiere revestir de justo su derecho al todo de la mejora. ¿Y por qué, quando esta se hace, les habia de prestar motivo para privar que sucediese el natural? A la verdad la sucesion es recíproca, y lo que en el particular se verifique respecto del uno, puede verificarse respecto de los otros, y con ello deben conformarse. Mas justo es y mas acomodado al sistema de las leyes el que un hijo suceda á su padre que el hermano á su hermano. Aun en el caso de suponerse al padre mejorante un absoluto arbitrio para disponer de la mejora, y de creerse que la ley obró mas en punto á los llamamientos por contemplacion suya que por la del mejorado, no parece fuera de duda que puesto dicho mejorante preamó al padre del natural, le preamase á él tambien solo por ser su sangre. Tal es el juicio que formó la ley de Partida, quando, sin embargo de reconocer que el padre disponia de cierta parte de bienes con que podia gratificar á un extraño, dixo (a):

(a) 10. tit. 4. Part. 6.

"que si alguno que tuviese dos fijos, qual ámbos fuesen legítimos, qual naturales, estableciese en su testamento que el que muriese primeramente que el otro, el que fincase vivo heredase los bienes del muerto, y este dexase fijos, ellos debiesen heredar los bienes de su padre, y no su tio." Verdad es que todavía se duda que esta ley declarase la preferencia á los naturales del substituido, quando el substituto es legítimo; pero que su decision es una misma en todo caso, como siente el Señor Gregorio Lopez en su glosa, se manifestará con evidencia, quando de intento se trate de esta especie de substitucion.

26 No por eso se iguala á los hijos de la impureza con los de bendicion, ántes bien prefieren estos á aquellos en el caso que corresponde: es, digo, preferir la línea efectiva de un confundador á la contentiva del mismo. No *hay una ley expresa*, como era indispensable (puesto que *tanto vale* dexar postergados á los ilegítimos sucesibles, como privarlos de suceder), que en el caso presente excluya los naturales de preferir á los legítimos. Supongamos para mayor claridad de esta doctrina el que entrado el vínculo de tercio en el mejorado que tuviese un hijo natural, se le dexase postergado, y pasase á su hermano legítimo que tambien tuviese otro hijo natural, y que, dexándole igualmente sin suceder, recayese en otro legítimo, y por este

órden en algunos otros hasta extinguirse la legítima descendencia del mejorante. ¿Volveria á los naturales en tal caso? Segun las reglas comunes no deberia volver, porque entrado el vínculo en una línea no debe retroceder (a); y quando retrocediese por satisfacer á la ley veinte y siete de Toro, ¿á quál de ellos, al de la línea efectiva del mejorado ó al de la contentiva del mismo? Es corriente, se diria, que al de la segunda, si es descendiente ó mas próximo pariente del último poseedor; pero entónces sobre una injusticia se cometeria otra mayor, esto es, la de dexar excluso al de la línea del mejorado, que indudablemente era mas acreedor de justicia á la sucesion, comparado con el otro, cuyo ascendiente no tuviera derecho alguno á la mejora; con que así es menester, para evitar tales inconvenientes, el que en cada una de aquellas dos líneas se haga diferencia de legítimos á naturales, y que en defecto de los primeros sucedan los segundos: y no se diga, como por algunos, el que hay línea de legítimos y línea de naturales, porque es una invencion rara, y un error crasísimo. La línea siempre es una comprehensiva de todos ellos; pero en algunos casos, y principalmente en otra especie de mayorazgos, no sucederán los naturales, auque sean de ella, porque, no estando asistidos de las qualidades que exigió el fundador, quando su voluntad es la única ó principal ley que gobierna en su sucesion, estan excluidos de su goce, y lo mismo se verifica aun con qualesquiera legítimos.

(a) D. Rox. de Alm. disp. 3. q. 1. n. 16.

27 De consiguiente nada vienen al propósito la ley de Partida, que trata particularmente de la sucesion del reyno, la cláusula del testamento del Señor Don Enrique II (a), ni la ley quarenta de Toro, porque en una y otras militan consideraciones muy particulares y diferentes. Por la de Partida sobre la sucesion del reyno, cuyo fundador no es fácil designar, ya se ve la enorme distancia que hay entre la mayor dignidad temporal, en que, segun las intenciones de aquel código legal (b), deben suceder las personas mas eminentes en todo género de grandeza, y una clase de vínculos la mas inferior de todas, que no tiene dignidad ni expectacion alguna para con el público: y sobre todo la gran diferencia que media entre la decision para un caso particular, en que concurren tantas especialidades, y la decision general de una multitud de casos de cierta y determinada especie. Respecto de la cláusula del testamento del Señor Don Enrique II tambien se conoce á primera vista que no solo es inadaptable á esta especie de vínculos, mas

(a) 11. tit. 7. lib. 5. Recop. y 2. tit. 15. Part. 2.
(b) L. 1. tit. 6. Part. 2. Egidio, de Regim. Princip. cap. 8.

tampoco á ninguno de los demas de España; porque despues de sentarse por basa en la ley que la comprehende, el que las donaciones hechas por aquel Soberano habian sido en gran perjuicio de la corona, y que era presiso poner en ello algun remedio, se adoptó por tal el de coartar la sucesion de los bienes que habia donado, excluyendo de ella no solo á los naturales, sino tambien á todos los demas hijos y descendientes legítimos del donatario, excepto al mayor, en defecto del qual, y de algun hijo legítimo suyo, determinó la ley que volviesen á la corona de donde se desmembraran.

28 La quarenta de Toro parece ser la que con alguna mas propiedad se podria aplicar á estos vínculos; pero no ménos es evidente el que solo tuvo por objeto resolver la antigua y reñida contienda que versaba entre el sobrino y el tio legítimos sobre la sucesion de los mayorazgos formados sobre bienes de libre disposicion que vacaban sin haber entrado el padre de aquel en su goce y aprovechamiento. Y aunque es cierto que por no hablar del sobrino natural, no por eso dexó de haberle comprehendido en su decision de igual modo que al legítimo, porque no se nos puede ocultar que si aun en competencia de este, que era de mejor línea, se agitaba la duda para con el tio, por ninguna razon debia dudarse ya del natural, suponiéndosele excluso sin ambigüedad; de qualquier modo

esta ley y las dos anteriores tampoco se pueden contraer á los vínculos de que hablamos (a): lo uno porque, debiendo su orígen á las mismas leyes de Toro, no podian antecederles estas dudas como de derechos que aun no exîstian, ni se habian conocido hasta entónces (b): lo otro, porque ¿cómo se ha de comparar la sucesion de unos bienes, en que la voluntad del fundador es su única ó principal ley por hallarse sin sucesion, ó bien con ella, pero con especial real privilegio, que le dispense claramente la observancia de la veinte y siete (en cuyo caso, aun siendo fundadora la madre del natural, no puede excluirle) (c), con la de aquellos, en que se ha de seguir precisamente el órden establecido por la ley? En estos vínculos se sucede principalmente al mejorado, y secundariamente al mejorante: en aquellos mayorazgos se sucede solamente al fundador, y por lo mismo *nuestra primera* obligacion debe ser la de observar su respectiva voluntad clara ó presunta. ¿Quién es tan ciego que no ve una diferencia de tanto bulto? La misma discreta colocacion de la cláusula Enriqueña y leyes quarenta y veinte y siete de Toro en la Recopi-

(a) D. Larrea, decis. 32. n. 53.

(b) El Señor Jovellanos en el citado dictamen sobre la Ley Agraria, n. 197.

(c) D. Cast. cap. 82. n. 43. vers. Cum igitur ambigitur::-

lacion, es un argumento harto apreciable del diverso concepto y aplicacion que mereciéron la una y las otras; pues las dos primeras se hallan colocadas baxo el título de los mayorazgos, y la última baxo el de las mejoras. Mas sin embargo, como, confundiendo algunos de nuestros intérpretes, (y no tantos como los que vulgarmente se toman en boca) ámbas especies de mayorazgos, les hiciesen comunes aquellas leyes y las doctrinas de otros escritores terminantes á los de libre disposicion; de aquí provino el haberse obscurecido tanto esta materia, que, ó es preciso entregarse ciegamente, como dice un crítico moderno (a), al partido que vence tal vez solo por ser mas numeroso; ó, si se ha de asegurar el acierto, es indispensable ocurrir directamente á meditar las citadas leyes en sus originales, y á pesar la autoridad por su razon ó fundamento.

29 Lo que conduce mucho á la ilustracion de la materia es el contesto de las de Partida, que tratan de las substituciones exemplar y fideicomisaria, y aun de las condiciones impuestas, á lo ménos estas y el fideicomiso, sobre bienes notoriamente exêntos de la precision de dexarlos el padre á los hijos; pues sin embargo se ve como en los

(a) Castro, discursos críticos sobre las LL. lib. 4. discurso 4. pág. 198.

unos se entiende haber preferido el nieto natural al hijo legítimo; y en los otros le prohibe la ley de imponer toda condicion, ya sea puramente casual, ya mixta, á ménos que penda de la mera voluntad del hijo el cumplirla. Y finalmente, en la exemplar se reconoce como la descendencia del hijo, qualquiera que ella sea sucesible, ocupó la primera atencion de la ley ántes que el hermano legítimo del substituido. Pero dicen algunos (que no pueden resistir directamente una decision tan congruente) que esto procede sobre bienes que tocan al sugeto en cuyo nombre se substituye, y no en las mejoras de tercio, cuyo dueño es el mejorante. No negaremos que de uno á otro caso hay alguna diferencia, pues á no ser así, serian una misma cosa; pero no podemos convenir en que sea tanta, que su mayoridad no esté por su semejanza, y no baste por consiguiente para *formar un argumento* persuasivo: lo primero, porque quando el padre substituye á un hijo loco, no solo dispone de lo que él ya tiene, sino tambien de lo que debe heredar por su derivacion: y lo segundo, porque, aunque el mejorante sea dueño de la mejora ínterin vive, ó no dispone de ella, en qualquiera de los dos casos la ha de dexar precisamente á todos sus hijos ó á uno solo; sin que la eleccion verificada en él pudiese prestarle derecho para gravarlo, como siempre ha sido corriente en el poseedor de un

mayorazgo electivo, que tratase de imponer alguna carga al elegido solamente por haberle privilegiado entre varios.

30 Pero ¿cómo es de dudar que dicha ley veinte y siete obró principalmente en su segunda parte por consideracion del mejorado y sus descendientes, quando vemos que impone al mejorante la rigurosa condicion de que guarde el órden por ella prescripto en los llamamientos; y que esto es incompatible con la libertad que en otro caso parece debia dexarle expedita? ¿Con la libertad, repito, que por la décima de las mismas Cortes, por las del Fuero Real y Partidas le estaba declarada de poder instituir ó dexar de instituir á sus hijos naturales? Si se entiende que habló de los naturales del mejorante, es consiguiente no solo admitir esta contradiccion, sino la violenta suposicion de quedar el hijo legítimo mejorado obligado á reconocer por sucesor suyo á un medio hermano natural; pero no entendiéndose así con respecto á los del mejorado. Si hablase por contemplacion, y en beneficio del mejorante, ¿no podria renunciarlo? Díganlo pues los mismos antagonistas de esta clase de hijos ilegítimos. Por otra parte en la referida ley veinte y siete, segun demuestra patentemente su contesto, no se hace diferencia alguna entre naturales de parte de padre, y naturales ó espurios de parte de madre, ni en realidad cabe arbitrio para entenderla

quanto á estos de un modo, y de otro quanto á aquellos, como equivocadamente discurrió Don Gerónimo Guzman de Molina (a), sino que todos ellos se han de medir por una sola regla: porque lo resolutivo de la ley es uniforme y general para con todos, y nadie será capaz de indicar la mas remota señal que arguya haberles distinguido en este caso. Supongamos ahora que aun sea dudoso que la ley comprehendiese á los hijos naturales del mejorado en el lugar que les asignamos; pero á lo ménos seria preciso que comprehendiese á los de la mejorada, porque eran sus legítimos herederos *ex testamento*, *et ab intestato*; con que, no habiendo dado el mas leve indicio de la diferencia y discrecion de unos y otros, se inferirá patentemente que en todos obra igual favorable decision.

31 Luego á qualquiera que le vienen hijos ya no está obligado á llamar por herederos suyos mas que á estos, quando son legítimos; porque su obligacion es puramente respectiva á ellos, como lo demuestran las leyes que quedan indicadas. ¿Por qué pues la veinte y siete habia de precisar al mejorante á que llamase no solo á los descendientes ilegítimos, sino tambien á los ascendientes, y aun á sus colaterales? ¿Podrá inferir ningun sensato que esto es favorecerle, y no favorecer al mejorado;

(a) Verit. 5. nn. 74. et 75.

mirar solo por el mejorante, y no por todos aquellos que tienen á su favor la presuncion de que les llamase el mejorado? Las mejoras en su principio, es cierto, se introduxéron principalmente para ocurrir á la mejor obediencia y obsequio de los hijos para con los padres; pero el órden de llamamientos no puede tener igual objeto, y de consiguiente deben tener distintas consideraciones. En efecto, ¿qué utilidad puede atraer á un padre el que, despues de sellada su mejora con el carácter de irrevocabilidad en cabeza del hijo, haya de llamar á su nieto legítimo ó natural, ó á otro hijo hermano del mejorado? Al reves parece que, si trata de estimular mas bien á este, exîge su propia conveniencia el que ponga mayor esmero en mirar por él y por toda su posteridad que por los demas hijos no mejorados. Habiéndole pues la ley ampliado una potestad que ántes no tenia, es visto que tan léjos estuvo de tener á estos en particular consideracion, como algunos suponen, que la fixó solo, ó á lo ménos principalmente, en causar al mejorado el menor perjuicio que fuese posible: de todo lo qual se infiere que es imaginaria é infundada aquella réplica que hacen de que no podria el mejorante permitir que un nieto suyo natural hubiese de preferir al hijo suyo legítimo.

32 Pero lo que va expuesto hasta aquí versa precisa y únicamente respecto de mejorante y me-

jorado, segun ya no con poca claridad queda indicado (a), y no por consiguiente respecto de cada uno de sus sucesores, por quienes se vaya derivando, ó debiese derivar la mejora (b), como quieren otros, baxo el fundamento de que, llegando á ellos del mismo modo que dichos mejorante y mejorado, preferirian su hijo natural á los ascendientes ó colaterales legítimos, tambien lo habrian hecho estos otros sucesores suyos; porque aunque la ilacion sea cierta en su última parte, no lo es que ellos sean dueños de la mejora, como lo son el mejorante y el mejorado, ni por lo mismo la ley necesitó suplir su consentimiento. De otro modo seria indispensable ir á buscarlo hasta lo infinito por una levísima porcion que podrian tener en la mejora, lo que no es verosímil, además de que ya se van compensando con el aprovechamiento de sus frutos: y aunque sea evidente que el *mejorado ó mejorada* prefieran sus hijos ilegítimos, no es ménos constante que esto acaece solamente quando se comparan con los ascendientes ó colaterales de los mismos mejorados, y no con sus hijos ó legítimos descendientes, por lo qual es claro que no puede correr la paridad de uno á otro caso.

(a) Núm. 21. de este cap.

(b) D. Almans. disp. 1. q. 2. n. 14. et ex D. Cast. cap. 82. n. 43. versic. Cum igitur:::-

33 Hay otra especie de argumentos que terminan á poner al frente los que se dicen absurdos provenidos de entender el pronombre *sus* con relacion al mejorado y no al mejorante: á saber, que en tal caso podria este llamar á la sucesion de la mejora á un transversal suyo ántes que á algunos de sus hijos legítimos; porque viniendo á ser igualmente transversales del mejorado, estaria en su arbitrio anteponer al que le pareciese: que se verificaria la ridícula suposicion de llegar el mejorante á ser en su caso el substituido y el substituyente; porque por muerte del mejorado sin hijos regresaria la mejora al mismo, ó bien pasaria á otro ascendiente extraño á los bienes del compuesto de la mejora y al referido mejorante: y en fin, que tomándose, como comunmente se toma por argumento para la sucesion de los vínculos la de *ab intestato*, se seguiria que no podria observarse en los de que se trata.

34 A la verdad, el primer absurdo ó induccion es demasiado descabellada, porque contradice á lo mas claro de la ley veinte y siete; esto es, que no pueda el mejorante pasar á llamar sus transversales, ínterin tenga descendientes: así se conforma con la recopilada baxo el título de los mayorazgos (a); y así se ajusta perfectamente á la opinion

(a) 14. tit. 7. lib. 5.

que sentamos por mas cierta de que el recíproco *sus* hace relacion á los dos; resultando tambien de aquí una convincente satisfaccion á las dos restantes inducciones que se proponen como absurdos, principalmente el segundo de ellos, esto es, de que el ascendiente del mejorado, de quien no proviniese la mejora, deberia suceder, pues no siéndolo igualmente del mejorante, ya se ve que no habla con él la ley; pero aun quando así fuese, ¿qué inconveniente habria en que sucediese no solo el ascendiente, sino tambien que regresase al mismo mejorante? ¿No es esto acaso lo que se verifica en las mejoras libres, en que muerto el mejorado retroceden no solo al mejorante, sino tambien al otro ascendiente, de quien no proviniéron (a)? Esto es ciertamente nivelarse por la regla de suceder *ab intestato*, mas bien que separarse de ella.

35 Pero ¿qué sensato pudo haber dicho hasta ahora que era una pacta firme é invariable, de que no pudiese discrepar el mayorazgo, sin incurrir en uno de los mas crasos errores? No negamos que se observe alguna vez; pero siendo todavía mas comunes sus excepciones que una regla tal, seria preciso convenir en que, ó es absolutamente inútil, ó probar en cada caso específico qual sea el en que haya conformidad, y si esta es parcial ó absoluta.

(a) L. 6. de Toro.

En los mayorazgos fundados sobre bienes de libre disposicion todavía no obra tanto como en las mejoras de tercio, y aun en estas tiene muchas limitaciones. Tal es por exemplo la siguiente: supuesto que el padre es sucesor *ab intestato* de su hijo, como lo son un medio hermano y los hijos de este, no lo serán evidentemente en el mayorazgo fundado sobre bienes de libre disposicion no provenientes por la línea de donde ellos deriven, ni en las mejoras de tercio vinculadas; ni saliendo del quarto grado de consanguinidad tendrán tampoco derecho alguno á suceder *ab intestato*, aunque sí en el mayorazgo ó mejora: y á este modo, si en ello consistiera la dificultad, se pudieran manifestar otras muchas limitaciones. La ley pues de que hablamos quiso que las referidas mejoras vinculares participasen de la sucesion de los otros mayorazgos igualmente que del derecho establecido en general para con los descendientes, ascendientes y colaterales; adoptando en tales términos la regla de que para suceder en ellos provenga el parentesco de aquel que lo pretende del tronco de donde deriven. La ley, repito, trató de establecer por perpetuo é inalterable sistema que todos los descendientes legítimos del mejorado sucediesen en primer lugar, y en segundo los ilegítimos del mismo con su respectiva preferencia de naturales á espurios; de suerte que qualquiera legítimo antecediese al natural, y este al espurio de parte de madre: en tercero los legítimos del mejorante solamente: en quarto los ilegítimos del propio, guardada entre ellos dicha proporcion: en quinto los ascendientes de mejorado y mejorante: en sexto los colaterales de ambos: en séptimo y último los del mejorado solamente por igual órden entre legítimos é ilegítimos, que se dixo acerca de los descendientes (a), habida consideracion, ya á la respectiva obligacion de llamar ó no llamar á cada uno de estos por heredero, ya á la mayor ó menor inclinacion principalmente del mejorado, y secundariamente del mejorante, que debe presumirse en ellos ácia sus respectivos consanguineos.

36 De todo lo hasta aquí expuesto se infiere bastantemente como deben entenderse aquellos generales principios de que conviene á la sociedad favorecer los legítimos en recomendacion del matrimonio, honor de las familias, y educacion de la prole, procediendo por otra parte en odio de la vaga Venus; pero se dirá á mayor abundamiento: lo primero, que queda preservada la preferencia de los legítimos y el honor de las familias (b): y lo segundo, que no se entiende tenga la vaga Venus relacion alguna con los naturales, correspon-

(a) Ex Rox. 1. part. cap. 6. §. 15. cum Aguila ad eum.
(b) Cap. 2. nn. 6. y 8.

diendo indudablemente no á ellos, sino á los espurios. En quanto á lo tercero, es cierto que la educacion puede perder mucho con los ilegítimos, ó mas bien perderán ellos en no tener la correspondiente; pero tal vez, ó no procede con tanta generalidad respecto de los naturales, de quienes el padre no duda, ni se avergüenza de ser el actor de su ser; ó no proviene de otra cosa que de no observarse como debe la ley que le precisa á alimentarlos. No tiene duda que la buena política dicta se amen, honren y prefieran los hijos de bendicion, y segun ley á los que no lo son; pero tambien resiste que estos se excluyan sin límites, sino en quanto haya legítimos de su respectivo órden, debiendo ser su principal agente los sentimientos de la naturaleza, los de la equidad y justicia. No será un bien, y, si se quiere, sea un mal, que sucedan los naturales; pero esto dimana de otro principio, á saber, de que los hay. Consígase que dexe de haberlos, y entónces correrá por justa la política de que no sucedan; mas puesto que así no se verifica, y segun la frase de la legislacion de Partidas (a): "pues que acaesce que los homes los facen" es preciso les tenga en consideracion.

(a) Proemio del tit. 15. Part. 4.

CAPÍTULO V.

SOBRE EL DERECHO DE LOS NATURALES Á SUCEDER EN LOS BIENES SUJETOS Á LAS SUBSTITUCIONES FIDEICOMISARIA, VULGAR, PUPILAR Y EXEMPLAR.

1 Substitucion no es otra cosa que la posicion de un heredero despues, ó en lugar de otro (a). Es de varias maneras: *Fideicomisaria*, *exemplar*, *vulgar y pupilar*, obliqüa la primera por su naturaleza, y directas las restantes; y aunque comunmente se nombran otras dos (b), quales son la *compendiosa y la recíproca*, en realidad no se distinguen de las demas sino en que, estando cada una de ellas de por sí, en estas se reunen baxo pocas palabras, que las comprehenden implícitamente, demostrando su número y qualidad; sin que por lo mismo sea preciso hablar de ellas en particular, puesto que lo dicho acerca de cada una de las primeras se entiende repetido en las segundas. A veces baxo la simple *vulgar* se induce la *pupilar tacita*, y al reves: y baxo la *exemplar* tambien se

(a) Proem. tit. 15. Part. 6. y la L. 1. del mismo.
(b) LL. 12. y 13. del mismo tit.

suplen las dos, atribuyéndoles unos, y negándoles otros igual efecto quando tácitas que quando expresas; mas, siendo el exámen de este punto harto ageno de nuestro propósito, nos contentamos con remitir el que desee satisfacerse á los autores que le han tratado de intento (a).

2 La fideicomisaria dice la ley (b) que "tanto quier decir como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno que la herencia dexa en su mano, que la dé á otro." El fin pues y el objeto principal de esta substitucion, qualquiera que sea, no es (segun se dice comunmente de los mayorazgos) el de aumentar ó conservar el esplendor de la familia y memoria del fundador; sí que, quando es perpetua, parece haber sido el de crear un monte pio familiar con que socorrer á sus individuos: tiene mas de virtud que de ostentacion y vanidad; por el contrario el mayorazgo: y de aquí es que respecto de los fideicomisos no pueden militar aquellas inducciones que generalmente se forman sobre los mayorazgos (c).

(a) Gom. var. cap. 3. 4. et 9. cum Aill. D. Espino, gl. 19. 23. et 33. Cancer. var. cap. 21. part. 3. cap. 1. part. 1. D. Vela, dissert. 11. et alii.

(b) 14. de dicho tit. 15.

(c) D. Mol. lib. 3. cap. 3. nn. 44. et 45. D. Cast. tom. 5. cap. 82. n. 43. versic. Sequitur etiam.

3 En su orígen, y quando aun parecia disonante que no contento el hombre con elegir á quien inmediatamente heredase sus bienes, pudiese prevenir tambien al sucesor de este, toda su eficacia pendia de la virtud y fidelidad de aquel heredero ó primer instituido; mas luego obtuviéron de las leyes toda la proteccion, estabilidad y firmeza que eran necesarias para hacerles cumplir puntual y religiosamente. Al Emperador Augusto debiéron en la legislacion romana (a) esta especie de consolidacion: y aunque aun entónces quedáron en la esfera de precarios, porque no podian concebirse en palabras preceptivas como los legatos, sino comendaticias y deprecativas, Justiniano (b) ha quitado de en medio esta diferencia, declarando era indiferente que el testador usase de unas ó de otras, con tal que no se dudase de la calidad de la institucion ó substitucion.

4 Nuestro derecho patrio adoptó en esta parte las mismas máximas, y aun las aclaró y extendió de un modo singular, pues con respecto al de hacer la substitucion *fideicomisaria*, á saber: "Establezco por mio heredero, é ruégole, ó quiero, ó mando, que esta mi herencia que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo, é que despues que la dé é

(a) §. 1. tit 23. lib. 2. Institution.

(b) §§. 2. et 3. tit. 20. et §. 3. tit. 24. lib. 2. Institution.

entregue á fulano (a)," no solo manifiesta como el uso de qualesquiera palabras produce igual efecto; sino que despues de autorizar al substituto para poder apremiar judicialmente al instituido á aceptar ó restituir el fideicomiso (b), por el Ordenamiento Real (c) declaró expresamente que qual no aceptase ni repudiase, qual repudiase efectivamente, en todo caso se transfiriese la herencia al fideicomisario: de manera que en el dia no puede dudarse que es ya un derecho tan sólido, que de nada mas pende sino de la voluntad del testador.

5 En quanto al modo de formarse, los romanos no divisáron sino tres especies, que son fideicomisos *puros*, *condicionales y de cierto dia* (d); esto es, previniendo ó encargando no se restituyesen hasta el dia prefixado: que no se hiciese la restitucion, sino verificándose cierta condicion, ó al reves; y que se restituyesen simplemente, ó sin modificacion alguna sujeta á dia ni condicion. Mas puesto que la voluntad del fideicomitente sea la ley soberana que gobierne y dé forma á esta substitucion, es menester observar atentamente, si además

(a) L. 14. tit. 5. Part. 6.

(b) La misma L. 14.

(c) L. 1. tit. 2. lib. 5. que se halla ampliada baxo la 1. tit. 4. lib. 5. Recop.

(d) §. 2. tit. 23. lib. 2. Instit.

de alguno de los tres modos indicados le impuso otra calidad, haciéndola *modal*, *conservatoria ó penal*, *temporal ó perpetua*, de que particular y extensamente hablan entre otros el Cardenal de Luca y Peregrino: debiendo desde luego advertir aquí que, por el solo hecho de formarse un fideicomiso perpetuo, no se deduce que sea individuo, ni que en él se suceda con preferencia de varon á hembra, ó de mayor á menor; porque en otro caso de fideicomiso se convertiria en mayorazgo, con sola la substancial diferencia de no poder establecerse por contrato como este, deferirse directamente en el sucesor, ni transferírsele por ministerio de la ley la posesion civil y natural (a); sino que hayan de concurrir juntamente á disfrutarlo todos los varones y hembras que esten en un mismo grado el mas próximo al testador, excluyendo toda representacion de hijo á padre, atento esta únicamente tiene lugar en las sucesiones ab intestato, y en los mayorazgos por razon de su indivisibilidad (b).

6 Pero, como quiera que entre los fideicomisos se admita la distincion arriba expuesta, ó aun mas si se quiere, segun el gusto del testador ó de los

(a) D. Molin. lib. 1. cap. 5. ex n. 25. Parlador. dissert. 18.

(b) Id. D. Molin. supr. nn. 28. et 30. D. Espino, gl. 27. n. 53. D. Covarr. pract. q. cap. 38. nn. 3. et 4.

intérpretes de su voluntad, por lo que hace á la inclusion ó exclusion de los naturales nada inmutan, porque provienen de la calidad de esta especie de disposicion. Debemos sí observar principalmente si el fideicomitente es ascendiente ó no, y si el fideicomiso es *condicional ó dispositivo*, en cuya clase van comprehendidos el *puro modal de cierto dia* y otras especies subalternas. Veamos por decontado lo que en el particular nos dice una ley de Partida (a): "Si algund testador que hubiese dos fijos, quier ámbos fuesen legítimos ó naturales, estableciese en su testamento que el que muriese primeramente, que el otro que fincase vivo heredase los bienes del muerto. Ca si este que muriese dexase fijos, ellos debian heredar los bienes de su padre, é non su tio de ellos, segun habia establecido el testador por heredero. E esto es, porque siempre se entiende por derecho, maguer el padre non lo diga paladinamente, que muriendo el uno, é dexando fijos, que el otro hermano que finca vivo non debe heredar lo suyo, mas los fijos del muerto lo deben haber; pero si muriese sin fijos, el otro hermano heredaria lo suyo, así como el padre hubiese puesto. Mas si el que ficiese el testamento estableciese dos homes extraños por sus herederos so tal condicion, que el que muriese pri-

(a) 10. tit. 4. Part. 6.

mero que el otro, que heredase sus bienes; maguer que este que muriese primero dexase fijos, non heredarian ellos estos bienes á tales, mas el otro, á quien estableciese el testador por su heredero."

7 He aquí un fideicomiso *puro ó dispositivo* segun el comun lenguage de los intérpretes: y he aquí como la ley abiertamente declara, quando debe ó no suplirse la condicion *si sine liberis decesserit* segun la relacion del fideicomitente con el heredero fiduciario. Pero por mas que su resolucion sea tan terminante que no admita tergiversacion, algunos se han desentendido enteramente de esta importantísima diferencia, y el Señor Castillo (a) por todos pasa sin escrúpulo á establecer por principal regla en la materia, que en todo fideicomiso, *ya condicional, ya dispositivo*, es una misma la razon para incluir ó excluir de ellos á los naturales baxo las simples palabras *hijos*, *descendientes*, *los de la familia*, *prosapia y otros semejantes*, ibi: "Et hæc est jure admodùm conveniens, et amplectenda omnino resolutio, securior etiam quæ tradi potest regulà, et doctrina." Procede en seguida á sacar sus ilaciones á favor y en contra de los naturales; mas, ántes de domostrar la legalidad ó ilegalidad de algunas, será muy del caso que veamos tambien sus principales fundamentos.

(a) Dict. cap. 82. n. 14.

8 Principia (a) refiriendo las opiniones de unos que, distinguiendo de quando la condicion es suplida por la ley á quando el testador la expresa, dicen que en este caso los naturales del instituido excluyen al substituto, no así en aquel: la de algunos que sienten que en ninguno de los dos casos le excluyen: la de otros que afirman excluirle en qualquiera de ellos; y finalmente, la de aquellos que impugnáron la diferencia de condicion expresada por el hombre á la suplida por la ley, que es la que sigue. Continúa diciendo que algunos establecen por regla de que regularmente el natural excluye al substituto, á ménos que se presenten algunas urgentes conjeturas que persuadan la contraria voluntad del testador; y manifestando como él siempre ha creido que es qüestion de voluntad, concluye admitiendo la regla opuesta, esto es, de que regularmente el substituto excluye á los naturales no estando favorecidos de urgentes conjeturas que persuadan su preferencia. Tambien se hace cargo de las autoridades de los jurisconsultos Papiniano y Ulpiano (b), á saber: la del primero, que juzgaba que el natural hacia faltar la condicion *si sine liberis*, y de consiguiente excluia al substituto: y la del segundo, que hacia depender su in-

(a) Supra nn. 18. usque ad. 26.
(b) Supr. n. 16.

clusion ó exclusion de la condicion de la substitucion, voluntad y dignidad del fideicomitente. Pasa á la ley de Partida que llevamos transcribida á la letra, exponiendo de ella (a) solo las siguientes cláusulas: "Esto seria como si algun testador que obiese dos fijos, quier ámbos fuesen legítimos ó naturales, estableciese en su testamento que el que muriese primeramente, que el otro que fincase vivo heredase los bienes del muerto. Ca si este que muriese dexase fijos, ellos debian heredar los bienes de su padre, é non su tio de ellos:" y suponiendo que nada añadia, ni queria decir mas que lo prescripto por Justiniano en otra ley del código, porque dice haber corregido la sentencia de Ulpiano (b), vuelve no obstante á sentar por cierto con arreglo á ella, que la admision de los naturales con preferencia del substituto se ha de deducir de los tres capítulos conjeturales que enuncia este jurisconsulto.

9 Tal es pues el texto (c) de que aquel célebre escritor ha hecho el mayor caudal: "Humanitatis intuitu hoc latius, et pinguius interpretandum esse credidimus, ut et siquis naturales filios habeat, et partem eis reliquerit, vel dederit, usque ad modum,

(a) Dict. cap. 82. n. 31.
(b) Supr. nn. 16. 31. et 32.
(c) L. generaliter cod. de Instit. et Substit. §. Cum autem.

quem nos statuimus, et substitutioni eos subjugaverit, nulla liberorum eorum mentione facta, et hic intelligi evanescere substitutionem, liberis eam excludentibus, et intellectu optimo his, qui ad substitutionem vocantur, obsistente, et non concedente ad eos eam partem venire, sed ad filios, vel filias, nepotes, vel neptes, pronepotes, vel pronepotes morientis transmittente, et non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi, sine justa sobole decesserint, ut quod inter justos liberos sancitum est, hoc et in naturales filios extendatur. Quæ omnia et in legatis, et fideicommissis specialibus locum habere sancimus." Texto á la verdad absolutamente inútil, si no perjudicial para la verdadera inteligencia de la ley de Partida: porque, ó bien dice absolutamente lo mismo que ella, como supone el Señor Castillo (a), ó dice mas, ó otra cosa diferente, ó bien lo contrario, que es lo mas cierto; y en qualquiera de los quatro casos de ningun modo merece aprecio, pues siendo enteramente conforme ¿á qué necesitamos ese texto? Y si dice mas, ó otra cosa, nada vale; porque, segun el citado Real Auto acordado, solo puede seguirse en quanto confirme nuestro derecho real, ó auxîlie al natural.

10 Pero que dice lo contrario es manifiesto. Ha-

(a) Supr. n. 31.

gamos pues un paralelo entre los dos. La referida ley de Justiniano desde luego presenta con la mayor claridad las dos siguientes máxîmas á que está reducida. Primera, que no solo los hijos del legítimo instituido, sino tambien los del natural, excluyen al substituto, porque se les suple la condicion de que cada uno de ellos muera sin hijos. Segunda, que la tal condicion no recae sobre los hijos naturales de otro natural ó legítimo instituido, sino sobre los legítimos de qualquiera de los dos. Mas la ley de Partida, aunque no con tanta claridad, descubre unos principios directamente opuestos á esta segunda máxîma. El uno es que siempre se entiende, aunque el padre no lo diga, que, muriendo con hijos alguno de los mutuamente substituidos, siempre deben excluir al otro hijo substituto que superviva: otro es haber confundido enteramente en esta parte los legítimos y los naturales, sin hacer la mas remota señal de diferencia en la substitucion ó institucion; y el último es una evidente discrecion de fideicomitentes extraños á ascendientes. El primero es universal, y aun quando fuese puramente indefinido, segun los principios generalmente recibidos, tambien era preciso entenderle universalmente (a); siguiéndose de aquí, que

(a) Ipse D. Cast. tom. 4. cap. 44. n. 17. Guzman, Verit. 4. núm. 12.

no solo comprehendió á los legítimos, sino tambien á todos los demas sucesibles, á saber, los naturales. La equiparacion de estos á los legítimos, y la discreta separacion de ascendientes á extraños es un argumento poderosísimo que nos fortalece en nuestro dictamen; porque en ella demuestra la diferente consideracion que versa de unos á otros. En el extraño, como que solo cae una afeccion personal é individual, justamente la ley limitó sus efectos á la tal persona ó individuo, á quien el testador ha gratificado. En el descendiente substituido los extendió y propagó por la sangre, hecha cargo de que puesto su ascendiente le miró con particular inclinacion, es visto haberla derivado por toda su posteridad sucesible (como que tambien goza de su sangre), aun en competencia de otro igual descendiente, á saber, el substituto.

11 Las leyes que tratan así de las condiciones que se pueden imponer á un hijo sobre los bienes dexados ad extra de su legítima (a), como del beneficio de deliberar (b), constituyen otro argumento inexpugnable de la gran diferencia que han hecho entre un ascendiente y sus derivados, y entre otro qualquiera, á quien no estrecha tan fuertemente el vínculo de la sangre; y no basta replicar

(a) L. 11. tit. 4. Part. 6.
(b) L. 2. tit. 6. Part. 6.

que por *hijo segun la ley* nada mas se entiende que al *legítimo*, trayendo, segun es demasiado comun, para probarlo el proemio del título séptimo, Partida segunda, ibi: "Fijos segun la ley se llaman aquellos que nacen de derecho casamiento:" porque allí no se quiso decir, ni se dixo que por *hijo* solamente entendia la ley al *legítimo*, sino que *hijo legítimo*, y *segun la ley*, eran una misma cosa: y la prueba mas relevante de esta verdad se afianza en otra ley del mismo cuerpo (a), ibi: "Legítimo fijo tanto quier decir, como el que es fecho segund ley." Concluyamos pues con el Señor Gregorio Lopez (b), hecho cargo de aquel texto que tanta impresion causó al Señor Castillo, en que la palabra *hijos* de la ley de Partida puesta en la condicion, que suple respecto del substituido, comprehende, segun su respectiva preferencia, así á los legítimos como á los naturales. Tengamos muy presente la diferencia que ella misma hace entre los fideicomisos hechos por ascendientes, y los establecidos por otros qualesquiera; y sentemos por regla general contra dicho Señor Castillo (c), pero segun el Señor Larrea, Guzman (d) y otros, que el natural

(a) 1. tit. 13. Part. 4.
(b) Gl. 8. ad leg. 10. cit. 4. Part. 6.
(c) Supr. cap. 82. nn. 23. et 25.
(d) El 1.º decis. 32. nn. 32. 35. 46. et 48. Y el 2.º verit. 5. n. 18.

funda de derecho; y sucede regularmente en el fideicomiso, á no ser que lo contrario se induzca de algunas urgentes conjeturas emanadas de la voluntad del testador; mas ántes de demostrar quales sean éstas, parece justo no hagamos supuesto, ántes bien especulémos por quienes ha entendído la ley baxo la palabra *extraños*, á saber, si todos aquellos, entre los quales no hay parentesco alguno por la línea transversal y recta, ó si solo los que caen baxo esta última.

12 En verdad que segun nuestro comun uso de hablar, por *extraños* únicamente entendemos aquellos que no se tocan á lo ménos en el quarto grado de consanguinidad, y así que se comprehenden tambien los transversales; pero el sentido de esta ley indica que por *no extraños* entendió solo los individuos de la línea recta de descendientes y ascendientes, y esto se declára mas bien por la otra ley (a) que llevámos citada quanto al beneficio de deliberar en que á contradistincion de *extraños* pone los que descienden *de la línea derecha del testador*: de suerte que éste parece viene á ser uno de aquellos casos en que (se) ha de seguir la distincion que hacen algunos intérpretes de disposicion de hombre á disposicion de ley (b), para en-

(a) 1. tit. 6. Part. 6.
(b) D. Mol. lib. 3. cap. 1. n. 10.

tender naturalmente la primera, y civilmente la segunda; observacion que tambien ha hecho el Señor Gregorio Lopez (a) quando interpretó la referida palabra *extraños* en el mismo sentido que nosotros.

13 Llegamos por fin á las conjeturas, y éstas suelen distinguirse, segun la doctrina del jurisconsulto Ulpiano (b), á saber: de la dignidad del testador, porque si es una persona ilustre se supone (dicen algunos intérpretes) que quiso excluir al natural, excepto, si el mismo tambien lo fuese, por no parecer que hubiese aborrecido á los de su propia calidad; ó si le hubiese honrado en su testamento, haciéndole alguna demostracion de su aprecio: de su propia *voluntad*, como si, instituyendo á una consanguinea ó extraña, tuviese esta algun hijo natural; porque es visto haber aborrecido su torpeza, como sucede regularmente en una muger con especialidad: y por último de la *condicion* de la substitucion, entendiéndola no por la calidad del testador, segun parece (c), sino por la del sugeto substituido; como si en defecto del heredero fiduciario, substituyese á un hijo propio, por no ser verosímil que dexase de preferir

(a) Gl. 3. ad leg. 10. tit. 4. Part. 6.
(b) D. Cast. supr. cap. 82. ex n. 32. usque ad 41.
(c) Roxas 1. part. cap. 6. n. 120.

su hijo legítimo al nieto natural: ó si el substituto fuese una iglesia ú otra causa pia; ó si el tal substituido no solo tuviese al tiempo de la substitucion hijos legítimos, sino tambien naturales, porque solo parece haber tenido en consideracion los primeros. Pero aunque hasta aquí y sobre este punto la mayor parte de los intérpretes va conforme, con respecto á si solamente deben admitirse aquellas conjeturas de voluntad y condicion (entre las quales no parece haya diferencia en realidad) que nacen del tenor del testamento, ó si tambien las que provienen de hechos ad extra, ya entre ellos se advierte una no pequeña contienda; sí bien justamente la dirime el Señor Castillo (a), resolviendo que, quando los hechos exteriores no tengan alguna relacion con las palabras del testamento, no se admiten, y sí de lo contrario; porque entónces lo uno contribuye á la inteligencia, y da fuerza á lo otro.

14 Mas volviendo ahora la consideracion ácia la duda en que nos embarazamos, y anteriormente se embarazáron otros guiados principalmente por los textos civiles ó romanos, ¿de quántas no se eximieran, y nos evitaran á nosotros, si se dedicasen únicamente á reflexîonar sobre las leyes patrias, y en especial la que dexamos transcribida al principio, que entre todas las del reyno es la que habla con mas precision y claridad? ¿Hace esta acaso diferencia alguna de testadores con *dignidad* ó sin ella? ¿La hace de *su voluntad* ó *de su condicion*? Dice pues que, siendo el testador ascendiente del instituido, en tal caso nunca es visto haber preferido el substituto á los hijos de aquel. No podemos negar que la substitucion de que habla recae precisamente sobre aquellos bienes que le dexa extra legitimam; pero tampoco podemos revocar en duda, que aun en este caso fixó su principal consideracion sobre la sangre del substituido en que hubiese la calidad de sucesible, considerando que puesto un padre amaba á su hijo, y tenia ácia él alguna predileccion, le tenia igualmente ácia el hijo natural de este; porque tanto importa amar al uno como al otro á vista de ser su viva imágen y substancia (a): y en este supuesto sabiamente estableció por máxîma y regla general "que siempre se entendia por derecho la condicion de que muriese sin fijos, maguer non fuese puesta señaladamente."

15 De estos antecedentes se concluye que las qüestiones movidas por los intérpretes solo podrán tener lugar no en todos casos, como ellos suponen, sino en el de que la substitucion sea hecha por

(a) Dict. cap. 82. n. 48. versic. E contrario tamen.

(a) Aguila ad Rox. part. 5. cap. 4. n. 28.

un extraño. En este sí que instituyendo á uno, y substituyendo á otro con la condicion expresa (pues aquí, segun la referida ley de Partida, no debe suplirse) de que muera sin hijos; ó hablando de ellos simplemente, quando les dirige la substitucion, obrarán las conjeturas tomadas de la *dignidad, voluntad y condicion*, y estas se fortalecerán con los hechos exteriores, si son claros y demostrativos del aprecio ó desafecto con que el testador hubiese mirado á los naturales; haciendo siempre el supuesto de que si no hay conjeturas contrarias á su admision, deben los naturales suceder en los fideicomisos baxo las simples palabras *hijos, descendientes, los de la familia, parentela, sangre, &c.* como abundantemente queda demostrado. En efecto, ¿qué querrá decir la expresion *hijo ó descendiente* en boca de un testador; especialmente sobre aquellas materias por todos respetos indiferentes *á naturales y legítimos*, como son los fideicomisos, ya que (como es preciso) los hemos de distinguir de los mayorazgos en su objeto é instituto (a)? En el órden de la naturaleza tan *hijo ó descendiente* es el *legítimo*, como *el natural*. ¿Será pues un buen discurso suponer que el hombre entendió solo por el primero, y no por el segundo para excluirle? ¿Este no funda su intencion en el

(a) D. Mol. lib. 3. cap. 3. nn. 44. et 45.

llamamiento que le denota con la mayor claridad ácia unos bienes por su naturaleza análogos con su calidad y voluntad presunta del testador? ¿Pues por qué se le habrá de excluir? ¿Será acaso porque, segun queda visto, *hijo segun la ley* nada mas significa que al *legítimo*? A esta réplica, con que por lo comun caminan algunos muy satisfechos, ya se ha prevenido la respuesta de un modo incontestable.

16 Pero en esto de dignidad tampoco creo deba procederse con absoluta indiscrecion de personal á hereditaria, y del que la adquiere al que la hereda. El que adquiere qualquiera de las dos, estimulado de la noble ansia de lograrla dignamente, tiene un particular interes en no incurrir en la mas leve tacha, ó á lo ménos en que no se le perciba; pero esta consideracion es claro que no obra con tanta eficacia en el que la hereda. Además debemos advertir la gran diferencia que va de nuestro derecho patrio al de los romanos en órden al concepto público y legal del hijo natural; pues negándole el último la nobleza y otras prerogativas de la sangre (a), al reves se halla que el primero se las ha concedido ó declarado: y he aquí descubierto como siendo regular segun la legislacion

(a) Auth. quib. mod. natur. effic. legit. §. fin. coll. 6. L. cum legit. de stat. hom.

romana atender en todos casos á la *dignidad* del testador, segun la nuestra, en algunos á lo ménos, es un desproposito (a). Supongamos ahora que el fideicomitente sea sucesor de una nobleza ó *dignidad* eximia hereditaria, y que tenga un hijo ú otro descendiente natural que pretenda suceder en su fideicomiso: parece que, no teniendo en contra suya mas que la conjetura de la *dignidad*, no debe separársele; porque tambien refluye en él, y respecto de este testador no milita la misma razon que en el que la hubiese adquirido. Figuremos tambien que el natural no sea descendiente, sino extraño al testador, y que trata de entrar en el fideicomiso en que su padre fué substituido baxo las simples palabras *hijo*, *descendiente* ú otras equivalentes; pero tampoco se le podrá excluir, porque aunque no sea noble ni de familia ilustre, goza de la misma clase y estado que su padre; y no habiendo el fideicomitente tenido embarazo para ponerle en cabeza de este, no se descubre fundamento alguno racional para excluir á su hijo natural baxo el pretexto de la *dignidad* de aquel. Yo no veo en verdad que repugnancia haya entre ella y la filiacion natural. Se supone que nadie deseará, ántes llevará á mal, que su descendiente ni otro alguno se

(a) Ex D. Larr. deciss. 32. nn. 44. 48. 56. Guzm. verit. 5. ex n. 1. usque ad 9.

verse con torpeza; pero una cosa es aborrecer la culpa, y otra aborrecer la inocencia: y al hombre de *dignidad*, por lo mismo que lo es, debe suponérsele con un pleno y justo discernimiento de estas particularidades. Tales son verosímilmente las razones por que en la Italia, aun en aquellos fideicomisos agnaticios formados de intento para conservar las familias con lustre y opulencia, se suele dar un llamamiento expreso á los naturales, segun el Cardenal de Luca (a) atesta haberlo visto en cerca de cien fundaciones: y tales son en fin las que han movido á este insigne jurisconsulto á recomendar muy particularmente la costumbre de cada region, donde quiera que el natural goce de la nobleza de su familia como en nuestra España, para atemperar segun ella la admision ó exclusion suya de toda sucesion.

17 La substitucion *vulgar* consiste en nombrar á uno por heredero en caso que no lo sea el instituido en primer lugar, ó por no querer, ó por no poder aceptar la herencia (b). Fué inventada para precaver que el ciudadano no se hallase sin heredero, lo que en la antigüedad se reputaba por cosa de ménos valer; y la puede hacer qualquiera: razon por que se atraxo el nombre de *vul-*

(a) De fideicom. disc. 68. n. 8.
(b) L. 1. tit. 15. Part. 6.

gar (a). Acerca de ella por lo que toca al natural, como los intérpretes (b) se embarazáron en la qüestion de si impide ó no la transmision por derecho de *deliberar*, *de sangre y de suidad*; y por consiguiente si, instituido el natural, transmite la herencia substituida á sus herederos, ó se transmite en él como heredero del instituido, aunque este sea extraño al testador, no hay mas que traer al frente la ley de Partida (c), ibi: "Un año de plazo puede el Rey dar á los herederos en que se consejen si quisieren tomar la herencia en que son establecidos, ó non; mas los otros jueces les deben dar nueve meses. Pero si entendieren que en menor tiempo se podrian acordar, bien les pueden menguar este plazo, dándoles cient dias á lo ménos. E si por aventura alguno de los herederos muriese ante que se cumpliese el plazo que les era puesto, aquel tiempo que le fincaba despues de su muerte debelo haber su heredero para consejarse; pero si se muriese despues del plazo, ántes que se otorgase por heredero, si este á tal era extraño, el su heredero non haberá derecho ninguno en la herencia sobre que el finado habia tomado plazo para consejarse. Mas si aquel que finó descendiese de la

(a) D. Espino, gl. 22. nn. 2. et 4.

(b) Gom. et Aillon, var. tom. 1. cap. 9. D. Espino, gl. 22. D. Vela, diss. 11.

(c) 2. tit. 6. Part. 6.

liña derecha del testador que lo estableció por su heredero, estonce su heredero puede haber la herencia: maguer aquel á quien heredaba sea muerto despues del plazo que le fué dado para consejarse."

18 Esta ley hace una patente diferencia de descendientes naturales y legítimos (á quienes competen respectivamente los derechos *de sangre y de suidad*) á otros qualesquiera, aunque sean parientes transversales, á los quales, segun queda dicho, los consideró como extraños; pero en todos ha supuesto el derecho de transmision dimanado de una notoria equidad, que consiste en no precipitar al heredero á que sin el correspondiente exámen por falta de tiempo arrostre por los riesgos de una aceptacion tal vez en extremo ruinosa; fixando solo la substancial diferencia en el término para deliberar (como que segun algunos intérpretes el de los descendientes es perpetuo, y dura (a) treinta años), y en la prerogativa de transmitir la herencia á su heredero, aun quando transcurriese sin aceptar ni repudiar expresamente el que se le señalase, acaso porque, segun dice el Señor Vela (b), la presuncion está siempre por su aceptacion, á ménos que manifiesten su contraria voluntad; en lugar de que en

(a) D. Vela, dissertat. 11. n. 109.

(b) Id. D. Vela supr. nn. 40. et seq.

los extraños no se puede transmitir á los herederos del instituido, sino muriendo ántes de fenecerse el término asignado por la ley ó por el juez arreglado á ella. ¿Podrá dudarse que hubiese comprehendido al natural quando dixo: "Mas si aquel que finó descendiese de la liña derecha del testador?" ¿Caberá decir que no se entiende así quando el testador substituyese á su heredero, por mas claro que esté que la razon de su establecimiento es una misma en todo caso, y á pesar de que confiesen generalmente los intérpretes que la naturaleza de la substitucion vulgar es que solo surta su efecto en caso que el instituido no sea heredero efectivamente, ó no haga á otro por él (a)? ¿Aquel á quien sobrecoge la muerte dentro del término de la ley incurre acaso en alguna culpa por no deliberar, si es que puede; ó deberemos suponer que repudió si no ha aceptado¿ ¿Pues á qué vendrá la duda de si el natural excluye al substituto vulgar, y mucho ménos el sostener, como unos pocos, que no le excluye? Pero dexémoslo á la discrecion del prudente, y pasemos sin mas detencion á las restantes substituciones.

19 La *pupilar* es la que un padre en uso de su patria potestad hace en favor de otro para el caso en que el hijo suyo muera ántes de llegar á

(a) Gom. supr. cap. 9. n. 49.

la edad prescripta para testar, que en los varones es á la de catorce años, y á la de doce en las mugeres (a): potestad que el derecho le dispensa, aun quando exherede al hijo ó hija substituidos, y que no exheredándoles es extensiva por consiguiente, no solo á lo que pueda recaer en ellos en virtud de la institucion, sino tambien á todo lo demas que hubiesen adquirido por otro respecto. El Señor Espino (b), hablando en general de la superveniencia de hijos, al substituido dice que hacen caducar la substitucion; pero no vi que alguno hasta ahora hubiese propuesto la qüestion en los precisos términos de si los naturales de parte de padre, y los naturales y espurios de la madre substituida excluyen ó no al substituto, ni las leyes que hablan de esta especie de substitucion dan la menor idea de haberse recordado del caso, sí solo hablan de la exclusion de la madre, en que *militan diversas* consideraciones. La razon parece obvia, esto es, que no ha preveido el legislador que la malicia supliese la edad en los impúberos substituidos, y que de consiguiente, ántes de llegar á la prescripta para poder testar, tuviesen hijos naturales ó espurios; pero si es que hemos de consultar al espíritu de las mismas leyes, y resolver un caso por otro seme-

(a) L. 1. tit. 5. Part. 6.
(b) Gl. 23. nn. 27. et 28.

jante, como expresamente lo dice una de las de Partida (a), parece que no deberemos de dudar mucho en el presente. Esta substitucion, como ya va indicado, recae no solo sobre la legítima forzosa del substituido, sino tambien sobre los demas bienes que tuviese: y aunque el padre la hace en exercicio de su patria potestad, procede tambien á nombre de su hijo incapaz; de manera que en ella se reunen los dos derechos de padre é hijo, y concurren á un mismo tiempo para autorizar la disposicion. Por otra parte vemos que, quando la ley habla de la substitucion *fideicomisaria*, sin embargo de recaer únicamente sobre bienes en que el padre puede disponer libremente, suple los hijos legítimos ó naturales del instituido, y los antepone al substituto: y de aquí proviene con superioridad de razon que lo mismo debe entenderse en la *pupilar*. Y todavía esto recibe mayor fuerza, y se demuestra con mas claridad, si se le compara, segun debe, con la *exemplar*, de que la ley (b) dice se llama tal, "porque es fecha á semejanza y exemplo de la pupilar:" con que aunque la primera sea el original, y su copia la segunda, y de consiguiente parezca que, aun valiendo el argumento de aquella á esta, no así deba proceder al reves; no obstante,

(a) Regla 36. al fin de este código.
(b) 11. tit. 5. Part. 6.

por lo mismo que con ninguna otra tiene tanta afinidad, es evidente que en caso de duda en la *pupilar*, á la *exemplar* se ha de ocurrir.

20 Agrégase á todo lo antecedente que, tratando la ley (a) de la substitucion compendiosa, en que, segun queda insinuado, se comprehenden ó pueden comprehender así las vulgar y pupilar, como las exemplar y fideicomisaria, dice: "Que si el caballero non habiendo fijos estableciese por heredero alguno que non fuese de los que descienden de él, estonce el substituto que fuese y puesto por las palabras sobredichas, habria toda la heredad del heredero, quando quier que muriese." Por caballero aquí entiende el Señor Gregorio Lopez (b) no solo el militar, sino tambien el clérigo, el doctor y el abogado, como que tambien estos militan en la iglesia, en la cátedra y en el foro; pero entendido por el solo militar, como parece mas verosímil, es fácil venir en conocimiento de la razon de diferencia entre él y el pagano, á quien no se conceden igual libertad y privilegios que al militar, segun observamos en otros varios casos, y principalmente sobre la ritualidad de testar. Mas de qualquier modo que sea, lo que nos evidencia la ley es que solo el substituto llevará la herencia del instituido, quan-

(a) 12. tit. eod. et Part.
(b) Gl. 4. ad prædict. leg. 12.

do este no sea alguno de los que desciendan del testador: es decir, sin la menor obscuridad, que qualquiera que sea la substitucion, siempre preserva el derecho del substituido y de todos sus descendientes sucesibles para excluir al substituto; porque "es una condicion de tal natura, que maguer non sea puesta señaladamente, entiéndese de derecho:" y como quiera que el militar goce de una amplitud suma de privilegios, nunca es visto que se extienden á permitirle el abandono de su propia sangre, ni en esta parte se distingue del pagano, respecto del qual, continuando la ley, supone tambien el que la substitucion únicamente puede obrar su efecto quando el fijo instituido muere sin ellos.

21 La substitucion *exemplar* es la que el padre, ó la madre en su defecto, y no copulativamente (a), pueden hacer en nombre de su hijo loco, ó por otro defecto natural imposibilitado de testar para el caso en que muera subsistiendo en tal defecto. Respecto de ella dice la ley (b): "Pero si este loco, á quien dan el substituto, obiere fijo ó nieto, ó alguno de los otros que descienden por derecha liña de él, debenlos sostituir en su lugar, é non á otros. E si alguno de estos non obiere, estonce le pueden dar substituto á su hermano, si lo obiere. E si non

(a) D. Espino, gl. 24. n. 6.
(b) 11. tit. 5. Part. 6.

obiere hermano puedenle dar por su substituto otro extrano." No proviene la facultad dada por la ley al padre ó madre para substituir á su hijo loco, ó de otro modo naturalmente incapaz de testar, de la patria potestad, porque por decontado no se puede suponer en la madre, sino de un espíritu de equidad. En ella han de comprehender así los bienes, en que le instituyen por heredero, como tambien los demas con que se halle por otro título; y por lo mismo es menester que, una vez que versen las mismas razones que en la substitucion pupilar, verse tambien igual resolucion; que es decir, se arreglen á lo que verosímilmente hubiera executado el substituido por obligacion y por amor. Si tiene alguno de aquellos que descienden por línea recta, tanto legítimos como naturales, el padre ó madre substituyentes no pueden poner á otros en su lugar; y aun en su defecto deben hacer la substitucion en el hermano del substituido, no pudiendo pasar á extraño en caso de tenerle. Y nada importa que la ley hubiese usado de la expresion *puedan hacer*, como denotando de algun modo el que dexan á su arbitrio lo uno ó lo otro: porque su sentido obvio es, no el de concedérselo libremente, sino declarar que aun, á falta de hijos del substituido, pueden usar de la potestad de substituir; pues de otro modo ¿á qué decir pudiesen substituir á un extraño si no tuviese hermanos? Dar puede que aun,

teniéndolos, algun padre substituya no á estos, sino al extraño; pero pendiendo toda su potestad de la disposicion de la ley, y no concediéndosela para substituir al extraño sino en defecto de hermanos, es visto haber inducido no una libertad, sino una rigurosa obligacion de substituirlos, no obstante que el mismo hijo incapaz podia preferirlos enteramente á ser capaz de disponer; y esto arguye que la ley ha buscado aquel presunto amor y predileccion natural que debe suponerse entre aquellos á quienes une el vínculo de la sangre.

CAPITULO VI.

SOBRE EL DERECHO DE LOS NATURALES Á SUCEDER EN LOS MAYORAZGOS FORMADOS DE BIENES DE LIBRE DISPOSICION.

1 El mayorazgo tomado en general por su derecho de suceder es el que compete á una sola persona de cierta familia para aspirar por un órden progresivo al goce de aquellos bienes dexados en ella, con tal condicion que jamas puedan dividirse ni enagenarse (a). El fin principal de su fundacion es el de conservar la memoria de su autor, y el lustre de su familia, sino es tambien el de aumentarlo (b): de que se sigue que todo aquello que de algun modo pueda contribuir á rebaxar su estimacion, otro tanto debe suponerse opuesto á la mente del fundador (c). Todo su orígen, giro y permanencia le debe al libre arbitrio del mismo, esto es, de aquella persona que, ó á nadie reconoce por su heredero forzoso, ó si le conoce, usa de un

(a) Ex D. Mol. lib. 1. cap. 1.

(b) D. Rox. de Alm. disp. 1. q. 1. n. 47. D. Vela, dissertat. 49. n. 22.

(c) D. Larrea, decis. 32. n. 50.

claro, expreso y especial real privilegio para disponer de su fortuna con dispensa de las disposiciones generales de derecho, y segun mas bien visto le fuere; proviniendo de aquí que la ley única, ó por lo ménos la principal, que debe gobernar en la sucesion, es la voluntad de tal fundador, ya clara, ya obscura, pero descubierta y manifestada por unívocas y urgentes conjeturas.

2 Mas para llegar á cerciorarnos de ellas no debemos hacer caudal de aquella cerebrina diferencia de palabras *civiles* á *naturales* de que usan algunos intérpretes, sino del natural y comun uso de hablar y discurrir (a): "Las palabras pues, dice una ley de Partida (b), del facedor del testamento deben ser entendidas llanamente como ellas suenan; é non debe el juzgador partir del entendimiento de ellas: " porque, como dice otra (c), "por las que ome dice da testimonio de lo que tiene en su voluntad." Pero ¡ah! ¡Quántas veces por olvidarnos de una tan preciosa y constante regla, y entregarnos á vanas sutilezas incidimos en errores los mas fatales! En tal caso no solo no vemos, mas tambien obscurecemos ó impugnamos la voluntad del fundador, como discretamente ha notado uno

(a) D. Cast. cap. 101. n. 3.
(b) 5. tit. 32. Part. 7.
(c) L. fin. tit. 12. de la misma Part. 7.

de nuestros mejores jurisconsultos (a). ¿Y qué diriamos, quando sea un idiota ó ignorante, de quien por ningun acontecimiento debamos presumir que entendiese el valor de estas palabras civiles, segun otro sabio (b) ha advertido? ¿No será un delirio manifiesto exponer el acierto sobre esta diferencia? Sentemos pues por máxîma que, por mas que un fundador pudiese decir otra cosa que lo que nanuralmente significan sus palabras, es preciso estar á este sentido, porque así no se puede errar; pero dando ensanches al discurso y sutileza, el acierto es mas aventura que regularidad. A sí mismo se debe atribuir la culpa aquel, que teniendo interiormente en su ánimo alguna otra cosa que lo que naturalmente manifiesta su disposicion, no la expuso con suficiente claridad.

3 Dexamos dicho que el objeto principal que se propone el fundador de un mayorazgo es conservar su memoria igualmente que el lustre de su familia, ó el de aumentarlo; y descubrimos por inmediata conseqüencia que nada es mas opuesto á su intencion que el llegar á minorarse de algun modo; distinguiéndose particularmente en este punto de otras qualesquiera fundaciones puramente profanas ó piadosas: que es lo mismo que decir, no

(a) D. Lara, de annivers. lib. 2. cap. 1. n. 29.
(b) Barbosa, lib. 3. vot. 8.

parece regular quisiese que algun ilegítimo entrase al goce de sus bienes, no porque el natural sea una persona sórdida, baxa é infame, en quien dexe de derivarse el lustre de su familia, segun queda demostrado haber creido una gran parte de nuestros intérpretes, sino porque generalmente no tienen tanta estimacion como los legítimos; pero de qualquier modo debemos admitir por regla que los naturales se consideran excluidos de toda especie de mayorazgo, á ménos que, no habiéndolos privado expresamente de suceder el fundador, tengan por otra parte á su favor algunas urgentes conjeturas (a).

4 El Señor Castillo (b), haciendo mérito de que por el Digesto no estaba declarada expresamente á favor de los naturales la sucesion de los bienes libres: que en el código solo se concedia á su padre, quando tenia hijos legítimos, el que pudiese mandar á aquellos la sexta parte de su patrimonio, haciéndola partible con su madre: de que por la legislacion de las Partidas, además de declarárseles con derecho de suceder á su padre ab intestato en igual porcion que la descripta por el código, se les autorizó para poder pedir alimentos aun contra sus hermanos legítimos: y que sin embargo

(a) D. Cast. cap. 82. nn. 43. et seq. usque ad finem.
(b) Eod. loco, et n. 43.

de no poder segun estas leyes dexarles mas que la tercera parte, quando tuviese legítimos ascendientes, por una de las de Toro se habian revocado, ampliándole sus facultades á poder dexarles quanto quisiese: que por otra los naturales y espurios respecto de la madre tenian un derecho forzoso á su herencia, como si fueran legítimos: que por consiguiente ni podia gravarles su legítima, ni mejorar en mas del tercio y quinto á uno que á otro, ó mejorar al que era único, por compararse enteramente con los legítimos en su caso: y finalmente, que por la ley veinte y siete de las referidas Cortes á naturales y espurios de parte de padre y de madre respectivamente se les daba un llamamiento forzoso en los vínculos de tercio; concluye diciendo que para venir en claro conocimiento de quando los hijos naturales deben ó no suceder en los de que vamos tratando, se han de distinguir seis casos, á saber: el primero quando son expresamente llamados por quien no tiene descendientes legítimos, en el que nadie puede dudar que suceden, pero despues de los hermanos de esta calidad, porque aunque no se exprese, siempre se supone que en el ánimo del fundador tienen la prerogativa de preferirles.

5 El segundo quando el natural es expresamente excluido por el fundador; lo que debe entenderse quando, teniendo descendientes legítimos, pro-

cede en virtud de facultad real, ó quando no los tiene sino solamente naturales. Nadie puede controvertir tampoco que, aunque se halle con naturales, puede disponer libremente de sus bienes, dexándoles los correspondientes alimentos, y que por consiguiente está en su arbitrio excluirlos perpetuamente de su mayorazgo, aun quando, no habiéndolo hecho claramente, se debiese opinar otra cosa, especialmente si los ha legitimado (a). Pero la dificultad consiste en caso que el padre tenga hijos legítimos, y funde el mayorazgo en cabeza de uno de ellos con facultad real; ó quando con igual privilegio le funda la madre, que no tiene otros hijos mas que los naturales ó espurios. Entónces es preciso exâminar la calidad del privilegio, esto es, si recae solo sobre la facultad de vincular todo su patrimonio, dexando á los demas hijos, si es que los tiene, los alimentos proporcionados; ó si tambien se extiende á que pueda disponer los llamamientos sin necesidad de atemperarse á las disposiciones generales de derecho, procediendo siempre en el supuesto de que, como correctora de ellas, nunca puede ampliarse á mas que á lo que clara y determinadamente comprehende (b). En este último caso no debemos dudar que el natural, el espurio, y aun el legítimo, no podrán introducirse en la sucesion contra la expresa voluntad del fundador, á lo ménos ínterin que este tenga algun otro descendiente tambien legítimo, y sí en el antecedente; porque, no habiéndosele dispensado en la determinacion general de las leyes, queda sujeto á ellas, y solo obrará el privilegio en órden á los mas ó ménos bienes amayorazgados: y por eso dice bien el Señor Castillo (a) que, quando el natural ó el espurio de parte de madre pretenden suceder en el mayorazgo que ella hubiese fundado, qual con facultad real, qual sin ella, es sin duda que en ámbos casos suceden por su órden á falta de legítimos. Lo mismo pues versa con el natural descendiente del mejorado en el vínculo de tercio, aunque para él se hubiese obtenido facultad real, ó quando se vinculasen todos *los bienes en un hijo* único.

(a) Rox. 1. part. cap. 6. n. 84.

(b) D. Salg. in labyr. 1. part. cap. 31. nn. 18. usque ad 24. D. Roxas de Alm. disp. 3. q. 12. nn. 44. et 45.

6 El tercer caso es quando el fundador llama á los legítimos, sin hacer conmemoracion alguna de naturales para incluirlos ni excluirlos; y entónces, aun quando solo hable de los primeros en una cláusula, y en las demas use de las simples voces de hijo descendiente y otras equivalentes, se supone que en todos lugares fué su intencion califi-

(a) Dict. cap. 82. n. 46.

carles con la legitimidad, porque toda cláusula obscura se aclara é ilustra por otra manifiesta segun la comun y general opinion de los intérpretes (a). En tal caso conforme á ella se resuelve tambien que es visto haber excluido á los naturales; porque la específica inclusion de unos en el sentido afirmativo es en el negativo una virtual exclusion de los otros (b): fundamento á la verdad que parece ménos sólido que sutil; pero que, como recae sobre una materia, en que por su naturaleza no entran los naturales sin expreso ó conjeturado llamamiento, es preciso atribuirle toda eficacia.

7 Puede disputarse ahora si por *legítimos* se entienden solamente aquellos que nacen dentro del matrimonio, ó si tambien los legitimados por el subsiguiente; mas esta qüestion es bien fácil de resolver: porque tales hijos son legitimados y legítimos. "Ca maguer, dice la ley de Partida (c), estos hijos á tales no son legítimos, quando nascen, tan grande fuerza ha el matrimonio, que luego que el padre ó la madre son casados, se facen por ende los fijos legítimos." Como que, segun discurre Don Hermenegildo de Roxas (d), presume la ley

(a) D. Valenc. cons. 63. nn. 169. et 171.
(b) Ipse D. Cast. supra proximè. Guzman, verit. 5. n. 76.
(c) 1. tit. 13. Part. 4.
(d) 1. part. cap. 6. n. 67.

que ya al tiempo de procrearlos tenian los padres ánimo de casarse. Tampoco quando se llaman *legítimos* puede haber dificultad en haber excluido al natural legitimado por rescripto del Príncipe sin la expresa cláusula de que sea para suceder en mayorazgos: porque, aunque en algun sentido se pueda decir legítimo, no lo es en el propio y natural; no en la realidad, sino por ficcion (a): y nada obsta la ley de Toro (b) en quanto dice que aun en suceder á los parientes del padre (pero excluso el mismo y demas ascendientes de su línea, quando tienen otros descendientes legítimos) en ninguna cosa se diferencien de los demas de esta calidad; pues únicamente se entiende de las herencias libres ab intestato ó por testamento, en el que no se llaman los verdaderamente legítimos (c). Subsiste sí la duda, quando la legitimacion es concedida expresa y señaladamente para suceder en cierto mayorazgo, ó se dice en ella que para todos casos y efectos sea habido por tan legítimo como el procreado y nacido en legítimo matrimonio, usando el Príncipe en esta parte de la plenitud de su potestad; pero aun en tales circunstancias los escrito-

(a) D. Mol. lib. 3. cap. 3. nn. 4. et 5.
(b) 12.
(c) D. Mol. supra nn. 5. 10. et 24.

res de mayor recomendacion (a) solo admiten al legitimado de este modo, quando lo fuese con prévio conocimiento de causa; esto es, oyendo á los legítimos inmediatamente interesados, y indemnizándoles del perjuicio que se les cause, é interviniendo pública y razonable causa: porque en defecto sobre infringir el Príncipe el derecho de gentes, que se cifra sobre la puntual observancia de la última voluntad de cada uno, á quien la ley no tenia puesto límites algunos, pecaria mortalmente en privar á un tercero ó terceros del derecho en ellos radicado; lo que ciertamente es muy ageno de aquella rectitud que siempre brilla entre todas las soberanas intenciones, y mas quando en la misma ley que va citada y en otras varias tenemos á la vista una general protestacion de evitar iguales perjuicios.

8 No menor dificultad se halla en saber si, quando el fundador llama expresamente al concebido y nacido en matrimonio, podrá suceder el legitimado por el subsiguiente, qual nazca, qual no nazca dentro de él. Se dividen en esta duda los intérpretes: los unos (b) sientan por segura la afirmativa,

(a) D. Mol. eod. loco usque ad n. 44. Rox. dict. 1. part. cap. 6. nn. 73. et 44. D. Larr. decis. 8. disp. nn. 69. 73. 74. et 75.

(b) D. Lop. in gl. 9. ad leg. 1. tit. 13. Part. 4. et in gl. 10. ad leg. 2. tit. 15. Part. 2. vers. Et quando::-

afianzándose en la precitada ley de Partida, y en algunas decisiones de tribunales superiores, de las quales es muy particular una del Consejo de Indias, que refiere el Señor Solórzano (a), entre dos hermanos (el uno, aunque mayor en edad, nacido fuera de matrimonio, y el otro menor, pero nacido dentro de él) sobre qual de ellos tenia mejor derecho á cierta encomienda que el padre comun obtuviera de S. M. señaladamente para el segundo con arreglo á la ley de la sucesion de esta clase de derechos (b), en que claramente se previene que los sucesores en ellos sean nacidos en legítimo matrimonio; pero los otros (c) para esforzar la negativa se fundan en que, puesto se han de entender llanamente, y segun su natural significado las palabras de la fundacion, y estas no pueden comprehender al legitimado por subsiguiente matrimonio, ántes bien le excluyen; de ahí es que no pueda suceder. El Señor Castillo (d) en el sentido jurídico no pudo ménos que reconocer por mas cierta la segunda opinion; pero sin embargo cedió á la primera, como de mayor partido. La contesta-

(a) Polit. Ind. cap. 17. et præcipue in cap. 19. n. 19.

(b) 4. tit. 11. lib. 6. Recop. Ind.

(c) Faxardo, de legitim. per subseq. matrim. à n. 264. usque ad 307.

(d) Supr. cap. 82. n. 46. vers. Et ille tertius casus::-

cion del referido supremo Consejo de Indias á un Virey del Perú en caso igual, reducida á que se arreglase á las leyes (a), es un argumento harto preponderante de que el sentir de aquel supremo tribunal estaba entónces por la citada segunda opinion, puesto que consideró suficiente remitir el Virey á las leyes, esto es, á lo que, segun queda indicado, en ellas estaba claro y literal: y en verdad que, á no asistir por otra parte al legitimado algunas conjeturas de que el fundador no fixó precisamente su consideracion en el natural sentido de aquellas palabras, y que mas bien querria que no se tomasen en rigor, que el que se le postergase, especialmente haciendo tránsito á otra línea, yo no hallo arbitrio para admitirle, si no que se contravenga á su expresa voluntad, á pretexto de entenderla segun una disposicion de derecho (b), que algunos intérpretes suponen, y no existe para el caso.

9 El quarto es quando á la sucesion se llaman simplemente los *hijos*, *descendientes*, &c. sin hacer exclusion particular de los naturales, ni descubrirse por la fundacion conjetura alguna razonable á favor ni en contra suya. Y el quinto quando, además de llamarse simplemente á los *hijos ó descendientes*, aparecen por la fundacion algunas conjeturas en favor de los naturales. En el primero de estos dos casos el Señor Molina, Don Hermenegildo de Roxas y el Señor Castillo (a), con algunos otros, excluyen generalmente al natural; y la razon mas bien puede ser la que dexamos manifestada al principio de este capítulo, que la desnuda y futil, de que echan mano, á saber, de que como los mayorazgos se funden comunmente por personas nobles, ó que viven como tales, no es de presumir que amasen, ántes bien que aborreciesen los naturales. Aquí suelen acumular algunos textos del Génesis y de los Jueces, el proemio del título séptimo de la Partida segunda, y dos leyes del mismo código, la una sobre la sucesion del reyno, y la otra sobre los feudos; el argumento comparativo de la sucesion ab intestato, la ley que incluye la cláusula testamentaria del Señor Enrique II, y finalmente la quarenta de Toro.

10 En quanto al proemio de Partida, argumento de la sucesion ab intestato, y ley que trata de las donaciones Enriqueñas, ya queda bastantemente descubierta su impertinencia (b), y á mayor abundamiento el aficionado podrá satisfacer su curiosi-

(a) D. Solorz. lib. 3. cap. 19. n. 18.
(b) D. Lop. supr. proximè.

(a) El 1.º lib. 3. cap. 3. El 2.º part. 1. cap. 6. §. 9. Y el 3º. en dicho cap. 82. nn. 48. y 49.
(b) Cap. 4. nn. 27. 34. 35. cap. 5. n. 12.

dad en el Señor Larrea, Guzman de Molina y Don Bernardo Trenco (a). Pero aunque tambien, tratando de los vínculos de tercio, hemos insinuado algo sobre la incongruencia de la ley de Partida, que regulaba la sucesion del reyno, añadiremos aquí, como lugar mas oportuno, lo que resta al mismo fin. Es por demas recordar la inmensa distancia que versa entre una dignidad la mayor entre las temporales, que por su constitucion exîge igual pureza en todo género, y un simple mayorazgo que, qualquiera que sea, no tiene dignidad alguna por sí solo, como lo confiesa el Señor Molina (b). El no hallarse, ó por lo ménos ser muy raros, los mayorazgos en aquella época, y el haberse ceñido esta ley á la sucesion del reyno en las diferentes menciones que hace de él, prestan un argumento harto convincente de que ni aun remotamente pensó el legislador en que se les adaptase; pero los intérpretes, tal vez hechos cargo de esta reflexîon, ya no pretenden fundar su sistema sino á exemplo de la referida ley, esto es, suponiendo que uno que establece mayorazgo va á referirse á ella, quando dice que se suceda en él segun las leyes y fueros de España; y por otra parte siempre presumen que, en defecto de llamamientos claros y específi-

(a) El 1.° decis. 32. El 2.° verit. 5. Y el 3.° cap. 2. §. 5.
(b) Lib. 1. cap. 13. n. 5.

cos, quiso formar el mayorazgo regular, en que, segun es notorio, se sucede en todos casos por medio de representacion, á lo ménos en los fundados desde el año de 1615. Cotéjese ahora la decision de aquella ley de Partida, y qualquiera se convencerá de haber excluido la representacion en defecto de descendientes de legítimo poseedor: con que es visto, sin necesidad de otra demostracion, que ó bien no se refiere el fundador á la citada ley, ó que quiso hacer un mayorazgo irregular.

11 En quanso á los textos de la sagrada Escritura no hay mas que leerlos para convencerse de su absoluta incongruencia. El uno (a), segun lo transcribe el Señor Castillo, dice: "Postquam creverunt filii Galaad, ejecerunt Iephte Galaatidem virum fortissimum, quem habuit Galaad ex meretrice, dicentes: hæres in domo patris esse non poteris, quia de adultera matre natus es." Aquí pues no tratamos de los hijos adúlteros como Galaatides. ¿Y qué sabemos le dirian sus hermanos si fuese natural? El otro es (b), y refiere, como Sara muger legítima de Abrahan le dixo á este: "Ejice ancillam, et filium ejus: non enim erit filius ancillæ cum filio meo Isaac. Durè hoc accepit Abraham pro filio suo, cui dixit Deus: non tibi videatur asperum su-

(a) Judicum, cap. 11.
(b) Genesis, cap. 21.

per puero, et super ancilla tua, omnia quæ dixerit tibi Sara audi vocem ejus, quia in Isaac vocabitur tibi semen; sed et filium ancillæ faciam in gentem magnam, quia semen tuum est." He aquí todo el pasage de la Escritura. Paso en silencio desde luego las muchas obvias reflexîones que me ocurren, y convengo en que el lector discierna franca y sencillamente de su buena ó mala aplicacion; pero ínterin procedo en el firme concepto de que, no tratándose aquí de sostener que el hermano natural concurra á heredar con el legítimo, y mucho ménos de que le prefiera, sino que pueda suceder en su defecto, tampoco podrá producir argumento alguno contra él en este caso.

12 La ley que trata de los feudos (a) baxo el título de las escrituras, ni da una forma ó regla inalterable á la sucesion de esta clase de bienes, ni prudentemente pueden compararse con los mayorazgos, como fundados casi siempre por un individuo de cierta familia á favor de los demas; en lugar de que el feudo ordinariamente se concede por un extraño con objetos diferentes, y particularmente el de que haya de volver en ciertos casos á incorporarse á su casa ó estado. Por lo que toca á la quarenta de Toro, además de que ya queda comprobado (b) haberse dirigido solamente á cor-

(a) 68. tit. 18. Part. 3.
(b) Cap. 4. n. 28.

tar la antigua contienda de tio y sobrino sobre qual de los dos habia de preferir en el mayorazgo vacante despues de muerto el padre del segundo, por ella misma se convence que, aunque habla de legítimos, como que solo estos eran los contendentes, no tiró á reducir la representacion dentro de la legitimidad. De otro modo pudiéramos responder que, concluyendo con la cláusula, "salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo;" y tratando aquí de dar representacion al natural en solo el caso que le llame el fundador clara ó presuntivamente, estaria tan léjos de perjudicarle, que evidentemente cederia en su favor. Pero, para venir en claro conocimiento de la legislacion que actualmente rige en este punto, es preciso suponer que, por lo mismo que sobre el verdadero sentido de las citadas leyes quarenta de Toro y de Partida, se altercaba freqüentemente, se aclaró en la recopilada de dicho año de 615 (a) del modo que se juzgó mas patético y oportuno; pues refiriéndose en ella el substancial contesto de aquellas dos leyes, y como de la copiada cláusula de la quarenta se originaran diferentes dudas, sobre quando el fundador quisiera ó no quitar la representacion (lo que moviera al reyno junto en Cortes á solicitar su ilus-

(a) L. 14. tit. 7. lib. 5. Recop.

tracion) despues de exâminada y consultada la materia con el Consejo, se concibió en los siguientes términos: "Declaramos y mandamos que en la sucesion de los mayorazgos, vínculos, patronazgos y aniversarios que de aquí adelante se hicieren, así por descendientes, como por transversales ó extraños, se guarde lo dispuesto en dichas leyes de Partida y Toro, y se suceda por representacion de los descendientes á los ascendientes en todos los casos, tiempos, líneas y personas, en que los ascendientes hayan muerto ántes de suceder en los tales mayorazgos, aunque la muerte haya sido ántes de la institucion de ellos, si no es que el fundador hubiese dispuesto lo contrario, y mandó que no se suceda por representacion, expresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean: lo qual se guarde sin distincion ni diferencia alguna, no solamente en la sucesion de los mayorazgos á los transversales, y no solo en los transversales al último poseedor, sino tambien en los que lo fueren del instituidor."

13 Aunque no creo se pueda ya controvertir si el natural, como descendiente ó transversal, tiene ó no representacion en virtud de esta ley, tal vez se dirá aun el que, segun indica su introito, no tuvo por objeto declarar si algun otro descendiente mas que el legítimo debia ó no de representar, sino el

de quando se debia observar rigorosamente la representacion, ó era visto haberla quitado el fundador: y á la verdad esta réplica no dexa de tener apariencias de fundada; pero de que aquella fuese la única causa, ó la mas principal, que es lo mas cierto, no se sigue que el efecto correspondiese á solo ella. La peticion del reyno movió al exámen; mas el objeto del legislador y del Consejo abrazó el designio de aclarar quantas dudas pudiesen ocurrir sobre el particular en lo sucesivo. El haber hecho una especial declaracion de que la representacion era extensiva no solo á los transversales del último poseedor, á que se reducia la ley de Toro; sino tambien á los del fundador, sin embargo de que quanto á ello no se motiva duda alguna, es una buena prueba de esta verdad. Pero además, ¿cómo podria ocultárseles que el natural habia de suceder en algun caso, y que por consiguiente era preciso representase? La observacion de que en quantas cláusulas habló de *descendientes*, *ascendientes y colaterales*, que no son pocas, á ningunos los ha calificado con la *legitimidad*; evidencia haberse hecho de intento para comprehender así á *legítimos*, como á los *ilegítimos* sucesibles: y el que así se ha entendido, se corrobora aun por el Auto acordado (a), en que se dió nueva regla á la sucesion

(a) 5. tit. 7. lib. 5.

del reyno, pues en él se advierte claramente, como por admitir la ley de que tratamos la representacion entre *legítimos é ilegítimos*, léjos de hacer ni aun una remota mencion de ella, que toda su referencia se limita á las de Toro y Partida; y nada importa que aquella nueva ley tambien prevenga que continúe la observancia de estas dos, porque únicamente puede entenderse quanto á la representacion de descendientes y transversales, como tales, y no precisamente como *legítimos*. Pero quando con respecto al punto en qüestion no fuera tan claro y manifiesto que los descendientes *ilegítimos* sucesibles representan en su caso como los *legítimos*, comprehendiendo á todo *mayorazgo*, *vínculo*, *aniversario ó patronato* fundado así por *transversales ó extraños*, como por *ascendientes*, ó es preciso negarles, segun quieren algunos, que solo discurren sobre la corteza de las dos referidas leyes, un derecho que ellos mismos por otra parte vienen á confesarles, quando les admiten á su sucesion; ó entenderlas al modo que llevamos propuesto, como sin dificultad alguna debe ser: y en esta hipótesi el natural ó algun descendiente suyo vendrán en virtud de la ley ó del llamamiento del fundador á representar su ascendiente sin diferencia alguna de los legítimos; y por el contrario no representarán, quando una ú otro no les favorezcan, aunque el descendiente del natural sea legítimo; porque procediendo todo su

derecho de la representacion de una persona ilegítima, no puede ménos que revestirse de la misma calidad, segun contra Don Bernardo Trenco (a) lo tenian ya sólidamente demostrado los mas clásicos escritores (b).

14 Hasta aquí de la debida inteligencia de las leyes y razones, á cuyo influxo pretenden algunos negar toda entrada á los naturales en los mayorazgos fundados sobre bienes de libre disposicion. Veamos las con que otros les quieren llevar tambien mas allá de lo que permite la voluntad del fundador nivelada por sus regulares sentimientos, y por la intencion de aquellas mismas leyes en general. Dicen pues que baxo los llamamientos de *hijo*, *descendiente* y semejantes está invitado expresamente á la sucesion, y que para privarle de su eficacia es menester ley terminante: porque siendo como es pena, nunca nosotros debemos de ser sus inventores, especialmente contra una prole inocente que en nada ha pecado, y quando por otra parte, no obstante de ser las hembras el fin de la familia, no tenemos reparo alguno en suplir su llamamiento ó entenderlas llamadas al mayorazgo en que el

(a) Part. 2. §. 3.

(b) D. Cast. cap. 103. per tot. Add. ad D. Molina, lib. 3. cap. 3. n. 41. Rox. 1. part. cap. 6. n. 110.

fundador solamente hizo mérito de varones: que si se da lugar á conjeturas, ninguna mas poderosa que la que obra á favor de los naturales dimanada de un amor presunto del mismo fundador ácia ellos: y finalmente, que en la ley veinte y siete de Toro tenemos una regla que nos debe gobernar y conducir, no solo respecto de los vínculos de tercio, sino tambien quanto á los de que tratamos. A cada uno de estos argumentos se da mas ó ménos amplitud y energía; pero todo su nervio, si no nos engañamos demasiado, está reducido á lo que queda visto.

15 Negaremos en primer lugar que el natural baxo la palabra *hijo* y otras semejantes tenga llamamiento expreso con expresion terminante á él. Si así fuese, ¿á qué detenernos un solo momento en la qüestion? Tal llamamiento es demasiado genérico, y debemos adaptarlo regularmente al hijo *legítimo*, como mas famoso, especialmente en aquellos bienes en que por su instituto ninguno es tan propio para que el fundador llegue á ver realizadas aquella brillantez de su familia y demas miras con que fundadamente le suponemos; y solo en quanto mas se acerque á la verosimilitud que propendió al *natural*, segun sus circunstancias y las de su fundacion, en tanto deberemos preferir el de mejor línea al *legítimo* de la inferior. En segundo lugar es incierto que se le prive de su derecho, ni le im-

pongamos pena alguna, aunque sea inocente. Un argumento de esta calidad es tan ridículo como otro que oí exponer contra su admision, reducido á que incidiriamos en el inconveniente de desmembrarse muchos mayorazgos del conjunto que formaba la subsistencia de los legítimos, como si por eso se hubiese de privar á cada uno de lo que le corresponde. No hay privacion ni pena alguna; porque una y otra suponen un derecho, que no existe ni existió jamas. En esto consiste cabalmente la qüestion. Si tuviera ese derecho, ó de la ley, ó del fundador habia de provenir; y este es el que se busca. En un ascendiente fundador se debe suponer sin duda mucho mayor afecto á su descendiente *natural* que á su transversal *legítimo*; pero quando este es el que funda, la misma razon persuade que todos los legítimos, á lo ménos aquellos que caen baxo la línea efectiva del primer llamado, tienen igual grado en su aprecio y estimacion: y nada obsta la comparacion de la admision de hembras, quando el fundador se acordó solamente de los varones para nombrarlos; porque si por una parte no manifiesta que su intencion es excluirlas, y por otra se ve como manda y declara que su mayorazgo sea *regular*, el incluirlas en la sucesion, no es puntualmente otra cosa mas que observar las reglas que gobiernan en todos los de esta calidad; además de que para ello tenemos una ley termi-

nantísima (a) que previene sucedan, siempre que no se las excluya expresamente, quitada toda conjetura y argumento por mas urgentes que sean.

16 En tercero y último el adaptar la ley veinte y siete de Toro á los mayorazgos de libre disposicion es desentenderse demasiado de la diversidad de la calidad y naturaleza de estos y de los de tercio, para que fué dictada; y es prescindir enteramente de las poderosas consideraciones que nacen de esta legal discrecion. No por eso queremos decir tampoco que absolutamente sea desatendible; pero es preciso admitirla en su debido temperamento, y á la manera que diremos en el sexto caso.

17 Pasando de aquí á las conjeturas hallamos que los intérpretes suelen admitir en esta materia las que provienen de la dignidad del fundador, y de otras calidades de su persona, no ménos que del tenor de la fundacion, auxíliadas de aquellos hechos exteriores que contribuyan á fortalecerlas (b). Si aquel es natural, aunque se halle constituido en dignidad (cuyo influxo graduamos en el capítulo antecedente), y el mayorazgo la contenga; atendiendo mas á la qualidad natural que á la accidental del fundador y del mayorazgo, como no es de creer que aborreciese á los de su propia condicion,

(a) 13. tit. 7. lib. 5. Recop.
(b) D. Cast. cap. 82. n. 48.

de aquí es que debamos admitir al natural en defecto de hermano legítimo (a) Quando el primer llamado es natural, tampoco es visto oponerse á la intencion del fundador que sucedan otros de igual qualidad, á no ser que en los demas grados substituya á los legítimos, y manifieste alguna particular razon por que distinguió al primero (b). Si llamó á los hijos de uno que sabia no tenia ni podia tener mas hijos que los naturales, así como el clérigo de órden sacro, tambien es evidente que de ellos ha hablado: porque, aunque su llamamiento no sea claro á primera vista, el defecto de otros descubre que les contiene por precision; y si en la propia fundacion hubiese dado algunas señales de aprecio y estimacion para con ellos, nos persuadiremos tambien que los invitó á la sucesion de su mayorazgo (c).

18 Pero supuesto que el natural baxo las simples palabras de *hijo*, *descendiente ó pariente* no suceda en los de libre disposicion, sino teniendo á su favor algunas de las precedentes conjeturas; conduce especular ahora si preferirá al legítimo *mas remoto*, quando expresamente llame al *mas próximo*. Para re-

(a) Rox. 1. part. cap. 6. nn. 120. et 121. D. Larrea, deciss. 32. n. 55.
(b) Aguila ad Rox. 1. part. cap. 6. nn. 112. et 113.
(c) Iidem Rox. et Aguil. supr. nn. 122. et 124.

solver la duda parece preciso investigar en primer lugar la calidad y fuerza de este llamamiento. Algunos creen que la mayor proxîmidad se entiende en un sentido legal, esto es, no precisamente por el pariente ó individuo de la familia que esté mas próxîmo en grado, sino por la calidad preferente de línea, en virtud de la qual el mas remoto venga á preferir por el derecho de representacion al mas próxîmo. Mas otros, y con mayor fundamento, dicen que el tal llamamiento, ni la mayor proxîmidad nunca deben suponerse lineales, y mucho ménos en la disposicion del hombre; porque entendida llana y naturalmente segun la ley de Partida que al principio queda expuesta, á ningun otro puede significar, sino al que está en grado mas próxîmo, ó con el fundador, ó con el último poseedor, segun sea la clase de llamamiento (que en los mayorazgos y otras fundaciones semejantes siempre se presume con respecto al último (a) de los dos): pues el que uno esté en la línea primogenial no le hace mas inmediato que el que está en la de segunda genitura. Un llamamiento de esta clase es el mas conforme á los sentimientos naturales, y á aquella ley perpetua que Dios ha dado á su escogido pueblo de Israel (b): porque quanto mayor es la inmediacion, tanto mayor debe ser la aficion que un pariente tenga á otro, á diferencia de quando claramente la descubre, no por la mayor proxîmidad, sino por la qualidad de la línea (a).

(a) D. Molin. lib. 1. cap. 6. n. 47.

(b) Cap. 27. Numer. vers. 8.

19 No obsta á lo antecedente el que la ley recopilada (b), para excluir la representacion, no se dé por satisfecha con conjeturas, indicios, argumentos y presunciones, sino que exîja una declaracion expresa del fundador; porque el pariente *mas próxîmo* en este caso tampoco se funda en otra cosa que en un llamamiento expreso, claro é indubitado; pues es sin duda que el *mas próxîmo* no puede ser otro que el que está mas inmediato en grado con el fundador ó último poseedor. Así lo han entendido el Señor Gregorio Lopez y el Señor Valenzuela (c), notando este último el error de aquellos que por la palabra *mas próxîmo* de la ley de Partida (d) entendian la mayor proxîmidad por la mejor qualidad de la línea: así tambien lo han evidenciado los defensores del Señor Felipe II en su alegacion por la sucesion del reyno de Portugal, diciendo expresamente que el llamamiento de *mas pró-*

(a) Trenco, part. 3. §. 3.

(b) 14. tit. 7. lib. 5.

(c) El 1.º ad leg. 2. tit. 15. Part. 2. et ad 3. tit. 13. Part. 6. Y el 2.º cons. 23.

(d) 2. tit. 15. Part. 2.

xímo excluye la representacion; y en lo mismo viene á coincidir el Señor Castillo (a) con respecto al verdadero significado de la palabra de dicha ley. Si pues en boca de ella ha de tener este significado, ¿por qué no le tendrá, y con mayor razon, en la de un fundador? Sentado que el natural, quando entra en la sucesion del mayorazgo en virtud de llamamiento expreso ó conjeturado, es en defecto de legítimo que se halle en la misma línea; verificándose el que se encuentre en grado *mas próximo*, tampoco puede ocurrirnos duda en que prefiera á los legítimos mas remotos: no así quando no tenga llamamiento alguno; porque entónces no puede entrar á formar comparacion con el legítimo, por mas remoto que este se halle.

20 En el mayorazgo de *eleccion*, quando la fundacion no le excluye al modo que hemos dicho, hay que distinguir de si la facultad concedida al elector es *libre y absoluta*, segun se presume, aun concedida simplemente (b), ó *regulada en arbitrio de buen varon.* En el primer caso no tiene duda que el sucesor eligente puede preferir el natural á los legítimos, aunque sea de inferior línea y grado; con tal que estos no sean hijos propios del referido eligente, atento á que una eleccion tan irregular

(a) Cap. 19. nn. 98. et 99.

(b) D. Rox. de Alm. disp. 2. q. 2. n. 51.

siempre es visto haber sido contra la intencion del fundador, segun así sabiamente lo estimó la Real Chancillería de Granada en cierto caso que refiere Don Hermenegildo de Roxas (a); pero en todos los demas no está sujeto á las reglas generales de derecho, ni parece que, habiendo concedido á cada uno de sus sucesores una potestad tan amplia, ha parado mucho la consideracion sobre la preferencia de legítimos á naturales en general, sino que la fixó principalmente en gratificarles por todos medios, depositando enteramente el exercicio de sus facultades en su arbitrio y discrecion (b); mas si estas no fuesen libres, sino reguladas, aunque tampoco es de dudar que el sucesor pueda elegir al natural, esto se entiende en defecto de legítimos de tan buena línea y grado: porque por ellas no es visto haberle concedido el fundador mas prerogativa que la de escoger á uno, aunque sea ménos digno en competencia de otro que lo sea mas, de entre aquellos que estan en igual posicion, ya sean legítimos, ya naturales por su respectivo órden de preferencia (c).

(a) 1. part. cap. 6. §. 25. Y con él el Señor Molina, lib. 2. cap. 5. ex n. 14. D. Cast. cap. 87. à n. 34.

(b) Rox. supr. prox. D. Cast. cap. 67. à n. 1. usq. ad 6.

(c) D. Cast. eod. loc. n. 21. et seq. usq. ad 27. Carpio, de execut. testam. lib. 2. cap. 19. nn. 18. et 19. D. Molina, lib. 2. cap. 5. n. 46.

21 La dificultad puede consistir, quando el fundador llame á los legítimos, y se verifique que el sucesor con *libre ó regulada facultad* elija á un consanguineo legítimo dentro del grado ó línea que respectivamente convenga, pero descendiente de otro natural. Entónces si se mira á las reglas comunes por que se gobiernan los demas mayorazgos se dirá que, pues su causante está excluido, del mismo modo se entiende que lo es el tal legítimo elegido: porque á vista de la incapacidad en el medio de su ascendiente, que le impide la legítima union con el fundador, no puede hacerse de mejor condicion que él, á quien es preciso represente (a). Se podria decir tambien que, á admitirse este legítimo descendiente del natural, igualmente se admitiria el que lo fuese del espurio, del incestuoso ó del adulterino; y se contestaria por el elegido: lo primero, que no siempre es cierta la regla de que, excluido uno, se entienden excluidos todos sus descendientes; porque de otra suerte en ningun mayorazgo de qualidad en que el padre, por no tenerla, no pudiese suceder, tampoco sucederia el hijo, á pesar de que lo contrario es notorio en el derecho: y lo segundo, que es muy diferente admitir al descendiente de un natural, por quien se propaga la no-

(a) D. Cast. lib. 3. cap. 15.

bleza y el lustre de la familia del fundador, de admitir al descendiente de otro, en quien no puede versar una suposicion tan interesante al principal fin de la fundacion de que se trata. Lo cierto es que en el mayorazgo regular ningunos otros suceden que aquellos, por cuyos causantes podia haber entrado la sucesion; pero esto es, porque en ellos se deriva en virtud de una rigurosa representacion, que es su único derecho; y los elegidos tienen tambien el de eleccion, en cuyos mayorazgos para poco mas se conoce la representacion que para demostrar el preciso parentesco con el fundador, y si es tal que pueda realizar el objeto que se propuso en su fundacion. Verdad es que hay bastante diferencia del caso de que tratamos, al propuesto en el mayorazgo de calidad, porque en aquel solo versa una personal, no lineal privacion: y si, quitándose de en medio, se reduxese á las reglas generales, sin dificultad preferiria el padre al hijo y á otros parientes legítimos, de lo que estaria muy distante todo natural, á no tener un expreso y manifiesto llamamiento; pero aunque en esto no haya duda, tampoco es ménos cierto que el derecho de suceder, así en el mayorazgo de qualidad, como en otro qualquiera, recibe su mayor fuerza de la representacion: en lugar de que en el electivo la recibe de la eleccion, que es lo mismo que decir sucede mas bien

el elegido por su propia persona que por la de su ascendiente natural; de que se infiere que, concurriendo en él la calidad apetecida por el fundador, no parece que haya fundamento suficiente para excluirle de la sucesion, especialmente no habiendo algunas conjeturas que eficazmente persuadan, á que tambien exîgió que todos los sucesores fuesen legítimos de legítimos (a).

22 ¿Qué se dirá pues si el mayorazgo es de *rigurosa agnacion*, en que el fundador exîge precisamente en sus sucesores, que sean varones de varones legítimos; y se verifica que, extinguidos estos, compiten la sucesion un agnado natural, y una cognada legítima? Don Hermenegildo de Roxas (b), comparando á esta con el natural legitimado por rescripto del Príncipe, y conformándose con la opinion mas bien recibida en práctica, le confiesa á él la preferencia, porque por él se continúa la agnacion; pero su adicionador Don Alonso del Aguila (c), no atreviéndose á hacer igual específica comparacion, ni aun con el simple natural, sino con el espurio y la hembra legítima, resuelve que esta debe preferir, porque

(a) Ex Carpio, de execut. testam. lib. 2. cap. 19. nn. 18. et 19. D. Mol. lib. 2. cap. 5.

(b) 1. part. cap. 6. n. 82.

(c) Ad eamd. part. 1. cap. 6. nn. 127. et 131.

no puede ménos que parecer mas disonante á la mente del fundador el que aquel la prefiera en tales circunstancias: y luego despues, haciendo observacion de como entre dos ó mas en quienes concurra algun defecto, se ha de mirar á qual sea el menor; y que es evidente que en el natural agnado concurre la exclusion del fundador con la de la ley, en lugar de que en la cognada legítima versa solo la de aquel, deduce por regla general, que la segunda debe preferir al primero. Por la verdad el caso no dexa de envolver bastante dificultad, así en el simple natural, como en el legitimado; entre los quales yo no hallo diferencia alguna substancial, porque en uno y otro se deriva igualmente la agnacion (a), sin que la legitimacion en esta parte pueda alterar la menor cosa. No hay duda que el fundador exîgió las dos calidades de agnado y de legítimo en el sucesor; pero tambien parece que entre el vigor de una y otra se advierte mucha diferencia. Un fundador tal manifiesta desde luego que su principal designio es conservar á todo trance la agnacion de su familia, como que de este modo nunca se obscurece su nombre: el natural es apto para conservarlo, y al reves la hembra legítima, porque sus descendientes toman el de su marido; y de aquí

(a) Piton. discept. 41. n. 3.

se infiere que, aunque no fuese muy de su aceptacion el natural, es sin duda para el caso que, puesto ha llegado el de tenerlo por su único agnado, propendió mas á favor de él que de la cognada legítima (a).

23 El sexto y último caso en toda especie de mayorazgo es quando, habiendo llamado expresamente un fundador á los legítimos, acaece que se acabáron los de su familia, y no hay mas consanguíneos que los naturales. En él es uniforme el sentir de los intérpretes por que suceden, aun quando el fundador sea colateral, en tanto grado que algunos dicen se debe verificar lo mismo, sin embargo de que los excluya expresamente (b): porque proponiéndose en la fundacion conservar perpetuamente el lustre y memoria de su familia y persona, nunca se presume haberlos excluido en tales circunstancias; pues nada se opone mas á su objeto que la extincion del mayorazgo, y traslacion de sus bienes á familia extraña, segun seria consiguiente de otro modo; pero no obstante si, acabados los legítimos consanguineos, pasa á los extraños, como entónces sobre haber precavido la extincion del mayorazgo, tenemos á la vista una indubitada exclusion de naturales en todo aconteci-

(a) Ex D. Larr. deciss. 32. n. 50.
(b) Rox. 1. part. cap. 6. §. 6. n. 79.

miento, de aquí es que en este caso no se les puede admitir. (a). Mas si el mayorazgo es fundado por un ascendiente, aunque sea con expresa dispensacion real de las leyes generales, que aseguran á los hijos legítimos y naturales en los derechos que les hemos manifestado en los capítulos tercero y quarto de este discurso; y en su virtud excluye á los descendientes naturales de todos los referidos sus hijos legítimos, pasando en su defecto á llamar á los extraños, verificado que esto sea, creo por muy justo que sucedan los naturales, sin embargo de su exclusion (b); porque de otro modo se ofenderia demasiado al derecho, libertad y natural inclinacion que en tales legítimos, cuyo patrimonio es el mayorazgo, debe haber para con aquellos: presuncion que, como ya queda demostrado, debe obrar en el mismo fundador; además de que, por amplio que sea su privilegio, nunca merece tanta extension, que infrinja abiertamente las leyes de la naturaleza.

(a) Trenco, 2. part. §. 3. n. 11.
(b) Ex D. Cast. dict. cap. 82. n. 46.

CAPÍTULO VII.

SOBRE EL DERECHO DE LOS NATURALES Á SUCEDER EN LAS CAPELLANÍAS, ANIVERSARIOS Y PATRONATOS.

1 La capellanía viene á ser un agregado de bienes destinados para la conservacion del altar, y anual celebracion de cierto número de misas (a). El *aniversario* no solo puede abrazar este objeto, mas tambien otro qualquiera piadoso, como la distribucion de dotes, suministracion de alimentos, y semejantes (b). Y el *patronato* es un derecho honorífico terminante á la proteccion de alguna obra pia, y al goce de las prerogativas que le son anexas (c).

2 De las capellanías unas son *regulares* llamadas tales, porque los regulares son los que corren con la administracion de sus emolumentos y cumplimiento de sus cargas; y *seculares* las otras, porque ámbas cosas estan á cargo de los seculares. De ellas unas son *profanas*, y otras *eclesiásticas*. De

(a) D. Perez de Lara, de Aniv. et Capell. lib. 2. cap. 1. n. 2.
(b) Id. Lar. lib. 1. cap. 1. n. 26.
(c) L. 1. tit. 15. Part. 1.

estas últimas algunas se dicen *cum plebe*, porque tienen anexa la obligacion de ayudar en el ministerio pastoral; y *sine plebe*, que son las mas comunes, las restantes, porque desconocen tal obligacion. Tambien se llaman *sacerdotales* aquellas que exîgen sacerdocio *in actu, aut potentia proxima* en el capellan: y no *sacerdotales* las en que basta tenga aptitud remota. Todas las *eclesiásticas* son propiamente capellanías: para su ereccion se requiere la autoridad del Papa ó del Obispo: quedan sujetas á su jurisdiccion y colacion; y en suma, quanto á sus cargas y privilegios tienen igual consideracion que qualquiera beneficio simple.

3 Pero para la fundacion de las profanas solo se requiere la voluntad y disposicion del fundador. Sus bienes no salen de la esfera de profanos, y en todo se consideran como tales. Así es que no son propiamente *sino* abusivamente capellanías, mas bien aniversarios que otra cosa: y de consiguiente tambien puede poseerlas el secular como el eclesiástico; el varon como la hembra; y el impúbere como el mayor, haciendo qualquiera de ellos que se celebren las misas prescriptas en la fundacion; cuya sucesion se gobierna á manera de los mayorazgos (a).

4 Los aniversarios se fundan al mismo modo ó

(a) Add. ad D. Mol. lib. 1. cap. 1. nn. 25. 26. 27. 29. et 30. D. Per. de Lar. de anniv. lib. 1. cap. 3. n. 9.

simplemente ; esto es, ó vinculando sus bienes, poniendo el cumplimiento de sus obligaciones al cargo de una sola persona, ó al de muchas de cierta familia ó comunidad eclesiástica ó profana. No puede haber patronato sin que primero exîsta alguna de estas ó semejantes fundaciones piadosas sobre que haya de recaer. En su objeto sobresale, como se dexa ver, el espíritu de caridad ; pero es preciso distinguir. A veces trata el fundador solamente de socorrer á la iglesia, ó á su familia ó á las extrañas : y á veces manifiesta tambien que atiende á conservar su memoria y el lustre de su familia. Quando vincula el patronato activo de una iglesia, capellanía ó aniversario, puede llevar el objeto de evitar aquellas ordinarias y eternas contiendas que comunmente acarrea su division ; pero por la mayor parte, y lo mas probable es que aspiró á ilustrar su familia con el honroso título de patrono. Si le dexa en calidad de libre, puede ser *familiar*, *gentilicio*, *hereditario ó mixto*, y tambien *real* : el primero, quando le deriva por los agnados solamente : el segundo, quando entre agnados y cognados no hace diferencia : el tercero, quando en el sucesor no exîge mas calidad que la de heredero del patrono, sea de la familia ó sea extraño : el quarto, quando simultáneamente egîge las dos calidades de consanguineo y heredero : y el quinto, quando le agrega ó anda incorporado á cierta casa ó fortaleza, en que nada mas se requiere que poseerla. Ordinariamente es *hereditario*, y si no se demuestra alguna otra circunstancia que lo califique, por tal puramente se le debe reputar : por el contrario el *real* nunca se presume, y es muy raro el que se ve (a).

5 Hemos indicado los distintos objetos que se puede proponer un fundador, y nunca recomendaremos lo bastante la observancia sobre esta diferencia : porque siendo nuestra primera obligacion la de descubrir su intencion, ningun otro medio hallamos mas á propósito para conseguirlo (b). Dexando *vinculado* un aniversario, capellanía *profana* ó su patronato *activo* (que es lo mismo en substancia), como demuestra que su objeto principal es igual al de los mayorazgos, se evidencia que tambien se deben seguir las mismas reglas en su sucesion (c) ; y de consiguiente el hijo natural tampoco tendrá mayor derecho á los unos que á los otros, atento á que en todos versa puntualmente la misma razon sin diferencia alguna. Por el contrario, quando quedan

(a) Luca, de jur. patron. disc. 21. n. 4. disc. 24. n. 6. discurs. 29. n. 4. disc. 60. per tot. et in summ. n. 29. Piton. discept. patron. discept. 4. nn. 1. 2. et 3.

(b) Mostazo, de caus. piis, lib. 2. cap. 6. n. 31. et lib. 3. cap. 8. n. 8.

(c) D. Valenz. cons. 172. n. 8. D. Mol. lib. 1. cap. 1. nn. 29. et 30. et ad eumd. D. Castillo, cap. 67. n. 25.

libres; pues así como falta aquella particular demostracion en el fundador, y por otra parte se halla que en el natural se derivan la nobleza y otras iguales prerogativas de la familia, que le constituyen agnado ó cognado civil de ella, ó (por su indisputable aptitud para heredar) puede recaer en la herencia del patrono; de aquí es que en qualquiera caso sucederá en el patronato activo como el legítimo (a).

6 Mas por lo que toca al patronato *pasivo*, ya porque no es tan considerable como el *activo*, ya porque en órden á él siempre el fundador mira principalmente á exercer una obra de piedad, y agena de ostentacion, es consiguiente discurrir acerca de los naturales de muy diferente modo que en el *activo vincular* (b). Tan á propósito son para hacer los sufragios espirituales, ó desempeñar otra piadosa obra como los legítimos: en unos y otros se exercita igualmente el espíritu de caridad christiana, quando se trata de dotarlos, alimentarlos y socorrerlos en su necesidad, que regularmente es mayor en los naturales por defecto de legítimas forzosas; y así parece que á excepcion de aquellos casos en que ó el fundador les excluya expresamente, ó en

(a) Piton. discept. 41. n. 3.

(b) Luca, de jur. patron. disc. 29. n. 4. Barbosa, lib. 3. vot. 8. n. 60.

que de concurrir separados ó unidos con los legítimos de igual línea y grado, se les siga á estos detrimento (segun se verificaria en qualquiera cosa individua, en que admitido el natural dexaria excluidos por conseqüencia á los legítimos, ó en las dividuas entre cierto número, en que el aumento de dichos naturales disminuiria la porcion de estos otros) siempre aquellos se entienden llamados: y por la misma regla guardando la debida proporcion entre ámbas clases, quando concurran á competir la preferencia de una capellanía, hallándose el natural en mas próxîmo grado, ó teniendo mayor enlace de parentesco que el legítimo, debe preferir á este por la mayor afeccion que se presume en el fundador respecto de la mayor inmediacion ó union que respecto de la mejor calidad (a); ó aun quando se llamen los legítimos, no solo entra á disfrutar de la obra pia el que derive del natural, sino tambien el que provenga del espurio, como lo confirma el Señor Castillo con una decision de la Rota (b).

7 Mas vana es de consiguiente en esta materia la especulacion de si el fundador usó de palabras *civiles ó naturales*, en que algunos (c) ocupan el tiempo inútilmente para deducir la exclusion de los

(a) D. Cast. cap. 67. n. 31. Piton. discept. 7. n. 28.

(b) Supr. cap. 67. n. 31.

(c) D. Cast. eod. cap. 67. ad fin. Cevallos, q. 164.

naturales en el primer caso, y su inclusion en el segundo; pero mucho mas justos y discretos aquellos que establecen por máxima que, quando se trata de algun favor que tiene por principio la equidad, siempre se admiten á él los naturales baxo las palabras ambiguas (a); y que mirando aquella diferencia con el merecido desprecio, han sentado por cierto que qualesquiera palabras, á saber, *hijos*, *parientes*, *propinquos*, *los de mi casa*, *linage*, *generacion*, *cepa*, *gente*, *progenie*, *consanguinidad*, *familia y prosapia*, son perfectamente sinónimas y de igual significado (b); llegando todavía á confesar uno de los mismos (c) que admite dicha diferencia el que á vista de gozar los naturales en España de la nobleza y distincion de su familia, no halla el menor reparo en que entren baxo las palabras *civiles*, *como casa*, *agnacion*, &c. Don Francisco Mostazo (d) refiere la opinion de los que les admiten baxo ellas indistintamente: la de los que les excluyen baxo las mismas, atribuyéndoles la singular virtud de manifestar como el fundador quiso conservar el esplendor de su familia; y la de otros que hacen depender su inclusion ó exclusion de las conjeturas que

(a) Gutierr. lib. 3. q. 82. n. 6.
(b) D. Lar. de anniv. lib. 2. cap. 2. n. 23. usque ad 26.
(c) Piton. dict. discept. 41. n. 3.
(d) Lib. 3. cap. 8. à n. 1. usque ad 10.

aparezcan; cuya tercera y última opinion es la que prefiere, recurriendo á la segunda en defecto de conjeturas, para no admitir á los naturales interin haya legítimos de qualquiera grado: y la razon en que se funda es la ya indicada de que, no habiendo mejor interpretacion que la que ofrece la misma naturaleza de la fundacion, y no haciéndose esta (habla de la capellanía específicamente) para conservar aquel esplendor, sino para soportar las sagradas cargas de su instituto, es de creer que el fundador no fixó principalmente la consideracion sino en la aptitud y capacidad del invididuo de su familia, ya legítimo, ya ilegítimo, que fuese mas á propósito para desempeñarlas.

8 Excusado es meditar mucho para conocer, lo uno que Mostazo no ha hecho el discernimiento que convenia de patronato *activo vincular* al *pasivo*; y lo otro que su *resolucion* no corresponde á la general eficacia del fundamento que propone: porque segun él, dexando siempre ilesa, como es justo, la preferencia de legítimos á naturales en paridad de circunstancias, debió anteponer su virtud á la de aquella ridícula diferencia de voces, para admitir baxo qualesquiera á los naturales, no en defecto de todos los legítimos, como supone, sino de los de igual grado y union con el fundador ó último poseedor. Pero aun quando no quedara sobradamente convencido que la referida distincion debe proscri-

birse enteramente, por no tener mas apoyo que el de una chimera, ¿no se perciben ya de léjos las perplexidades que su práctica infundiria en cada caso? La ley de Partida (a) dice: "De una sangre son llamados aquellos que han parentesco entre sí; é como quier que son todos iguales, non lo pueden ser en las honras y en las buenas andanzas de este mundo." Su declaracion es general, no solo para entre los legítimos, sino tambien comparándose con los naturales, cuyo lugar en este caso hemos designado oportunamente; pero, por lo que mas hace en la actualidad á nuestro propósito, lo que evidentemente se saca de ella es que tan de una *sangre*, *estirpe ó familia* es el natural como el legítimo. ¿En dónde hay otra que hubiese discretado esas palabras *civiles* de las *naturales*? ¿En dónde siquiera una uniformidad de dictamen entre los autores sobre el particular? La palabra *sangre* suponen algunos (b) que es *civil*. ¿Y por quiénes entiende esta ley baxo ella, sino los que tienen parentesco entre sí? Luego no pudiendo dudarse que entre legítimos y naturales hay parentesco, tampoco deberá disputarse que con los naturales de su familia habla el que llama á los de su *sangre*.

(a) 6. tit. 15. Part. 2.

(b) Garcia, de benef. vol. 2. cap. 15. n. 39.

9 Ya hemos indicado el embarazo en que tropiezan los que tanto sutilizan en esto de palabras: á saber, que hallando con un fundador que verosímilmente ignore el valor de las *civiles*, se ven en la precision de darles el significado natural. Pero ¿no será un desvarío el fiar de semejante bagatela la exclusion ó admision de aquel á quien corresponde el goce de la fundacion? Aquella ley de Partida, de que en otra parte (a) hicimos mérito, ¿no nos enseña que las palabras del fundador se deben entender llana, sencilla y naturalmente? Pues ¿por qué, desentendiéndonos de una tan segura y excelente regla, habrémos de entregarnos á discurrir vagamente segun el capricho de algunos que, aspirando tal vez mas al renombre de sutiles que de sólidos, han puesto esta materia en el estado mas obscuro é impenetrable? El ánimo del fundador de toda obra pia, quando trata puramente de su cumplimiento, es incontrovertible que está revestido de un espíritu de piedad: debemos suponerlo muy distante de imaginar en las escrupulosidades civiles; y por lo mismo ningun otro camino puede ser mas errado para hallar su voluntad que el de ocurrir á tales invenciones, ó por lo ménos solo será bueno para aquel, de quien se sepa haber subscribido á ellas.

(a) Cap. 6. n. 2.

10 Mas puesto que el fundador, quando haga los llamamientos, así al *patronato activo*, como al *pasivo*, diga solamente que sucedan sus *parientes*, ó el *mas próxîmo*, sin explicar respecto de quien se ha de entender la mayor proxîmidad, á saber: si de él mismo, si del último poseedor, ó si del patrono, quando se trata solamente del *pasivo*; y compitiesen la preferencia otros tantos consanguineos de mayor proxîmidad respectiva ácia cada uno de aquellos tres: en tal caso se distingue de quando el fundador llama á los *mas próxîmos* de su familia genérica, é indistintamente, á quando forma algunos llamamientos específicos, lineales y á manera de mayorazgo, dando á cada uno su graduacion; y además dice que suceda el mas próxîmo (a). En el primer caso se resuelve por el *mas próxîmo* al fundador; porque ácia él está la presuncion de mayor amor, é ínterin no haya llamamiento que induzca otra predileccion, en su favor debemos suponerla. En el segundo, como descubre que le va derivando gradual y progresivamente por las líneas que forma en primero, segundo, tercero y mas lugares, por cuyas reglas tambien se va dirigiendo el patronato; de aquí es el suponerse conforme con la intencion del fundador que el *mas próxîmo* al último legítimo poseedor sea el preferente.

(a) D. Cast. cap. 67. n. 19. usq. ad 23. Mostaz. lib. 3. cap. 8. n. 33.

11 Pero, como quiera que esta sea doctrina mas bien recibida, no dexa de tener sus impugnaciones y dificultades (a). Podrá correr mas notoriamente por cierta con respecto á la mayor proxîmidad del fundador: porque es mas fácil persuadirse á que este preamase sus parientes cercanos á los remotos (b). Tampoco habrá reparo en confesar la preferencia al *mas próxîmo* del último poseedor respecto de una capellanía profana, aniversario ó patronato *activo vincular* de una iglesia ó capellanía eclesiástica; porque respecto de una y de otros se puede tomar por argumento la ley de Partida (c) que, en defecto de los descendientes del peseedor del reyno, declaró corresponder la sucesion á su mas inmediato pariente; además de que la razon arriba demostrada para este caso no dexa de ser bastante satisfactoria (d). Pero desde luego parece que no obra con tanta eficacia en el *patronato pasivo* de la capellanía eclesiástica, ó de un aniversario, en

(a) Mostazo, supr. nn. 34. et 37.

(b) D. Cast. cap. 67. nn. 19. et 20.

(c) 2. tit. 15. Part. 2.

(d) Add. ad D. Mol. lib. 3. cap. 9. n. 1.

que el fundador prefiera á los *mas próxîmos* de ciertas líneas para la obtencion de aquella, ó de los dotes, alimentos ó subsidios de la dotacion de este, buscando en ellos otras qualidades personales; y aun quanto al último cabe mayor dificultad, por no constituir un derecho individuo y permanente como la capellanía. La eclesiástica ó un aniversario quanto á su *patronato pasivo* se equiparan al mayorazgo saltuario; porque, así como en él no se repara al grado, ni á la línea, sino al que entre toda la familia invitada á su goce es el mayor en edad, así tambien en la capellanía se mira al que es sacerdote, ó está en aptitud próxîma ó remota de serlo: y en el aniversario, si hay ó no personas, en quienes concurran las calidades exîgidas por el fundador para la inversion y distribucion de sus piadosos auxîlios (a). Puede verificarse que en la línea predilecta no se halle á la primera provision persona alguna de las que exîge la fundacion, y haberlas á la segunda: y siendo evidente que el mayor afecto del fundador está por los individuos de aquella línea, aunque al tiempo sean los mas remotos respecto del último ó últimos que gozáron del aniversario ó capellanía, tambien era consiguiente preferirlos á los de la segunda ó

(a) D. Almansa, disp. 1. q. 1. nn. 200. et 207.

tercera línea *mas próxîmos*; de que se infiere con bastante demostracion que la respectiva mayor proxîmidad con los que acabasen de disfrutar de una ó de otro, no debe entenderse con la generalidad, que es tan comun, sino quando se hallasen estos en la mejor línea de quantos compitan la preferencia. Así parece en efecto mas conforme con la voluntad del fundador, que con pleno conocimiento forma ciertas líneas, y gradua á cada una su respectiva posteridad ó preferencia; mas, como por otra parte tenemos á la vista un expreso llamamiento de *mas próxîmo*, en supuesto de que lo entendamos con el último que disfrutó del patronato (ó sea con el fundador, que para el caso es indiferente), por no faltar á la propiedad de su significado, es menester darle toda virtud; conformándonos en esta parte con un considerable número de intérpretes (a) que en ámbas obras pias, esto es, así en capellanías, como en dotes, legatos, alimentos, &c. observan las reglas y doctrina que arriba va propuesta.

12 Parece que solo resta tratar de como los naturales pueden llegar á gozar de estas obras pias por eleccion. Pero de lo dicho hasta aquí, no solo en razon de su indisputable mayor aptitud para suceder en

(a) D. Cast. cap. 67. n. 22. usque ad 25. D. Rox. de Alm. disp. 1. q. 1. n. 207.

ellas por su propio derecho, que en los mayorazgos y patronatos *activos vinculares*; sino tambien quanto á la de ser elegidos en los referidos mayorazgos, se deduce sin ambigüedad alguna lo que quanto al patronato *activo* y *pasivo* de aquellas habrá de resolverse, y por lo mismo omitimos toda otra discusion en este punto.

CAPITULO VIII.

SOBRE EL DERECHO DE LOS NATURALES Á SUCEDER EN LOS BIENES ENFITÉUTICOS Y FEUDALES.

1 Emphyteusis, nombre griego, equivalente á foro en nuestro idioma, es un contrato escrito, en cuya virtud el dueño de cierta cosa inmueble transfiere en otro el dominio útil de ella perpetuamente, ó á tiempo señalado, durante el qual el recipiente contribuye al transferente con el canon estipulado en reconocimiento de su dominio directo (a). El objeto de su establecimiento ha sido el de extender y fomentar la agricultura, ya asegurando en manos del labrador aquel campo esteril que se proponia fertilizar con su sudor, ya recompensando oportunamente sus afanes en una operacion tan interesante á la pública y particular felicidad: causa por cierto que dignamente ha recomendado la iglesia en la dacion de sus tierras en enfiteusis (b). El Emperador Cenon fué el que primeramente ha designado su formalidad, sacándola como una es-

(a) L. 28. tit. 8. Part. 5. Valasc. de jure emphyt. q. 1. n. 2.

(b) Cap. ad aures 7. de reb. eccles. Elbertus Leo ad rubric. cod. de jur. emphyt.

pecie media de entre la venta y la locacion; y nuestros legisladores la adoptáron en el mismo concepto. En medio de la gran afinidad que tiene con el feudo, una de sus mas esenciales diferencias consiste en que, así como este por su naturaleza es casi del todo gratuito; así tambien aquella, y principalmente las de nuestros tiempos, son casi del todo onerosas: son correspectivas y mutuamente obligatorias, y de una rigurosa y puntual observancia sus condiciones (a). De ellas pues habla la ley de Partida (b) en estos términos: Contractus emphyteuticus en latin tanto quiere decir en romance como pleito ó postura que es fecha sobre cosa raiz, que es dada á censo señalado para en toda su vida de aquel que la rescibe, ó de sus herederos, ó segund se aviene por cada año: é tal pleito como este debe ser fecho com placer de ámbas las partes, é por escrito: ca de otra guisa non valdria. Otrosi deben ser guardadas todas las conveniencias que fueren escritas é puestas en él."

2 En conseqüencia de esto, y por lo que mira á la sucesion de las enfiteusis, se distingue de quando son puramente *hereditarias*, quando puramente *familiares* ó de *pacto* y *providencia*, y quando *mixtas* (c).

(a) Valasco, de jur. emphyt. q. 1. n. 12. et q. 39. nn. 1. et 4.
(b) La misma L. 28.
(c) Luca, de emphyt. disc. 30. usque ad 35.

La puramente *hereditaria* es aquella que se otorga en favor de uno, y de sus herederos ó de sus descendientes, no como tales, sino en quanto le hereden. En ella se sucede como en otros qualesquiera bienes alodiales; y de consiguiente del mismo modo se transfiere en el descendiente que en el colateral, ascendiente ó extraño del que la recibe, con tal que recaigan en su derecho (a).

3 La puramente *familiar*, ó de *pacto* y *providencia* es la que se concede á alguno para él y sus descendientes: de suerte que el que lo sean tales es tan indispensable para suceder en ellas, como suficiente (b). Es de notar no obstante que en esta clase de enfiteusis tambien hay algunas que á la simple calidad de *pacto* y *providencia* añaden la de *individuas* en propiedad y aprovechamiento, quando en su constitucion se les designa el órden de suceder á manera de mayorazgo: circunstancia, de que indudablemente se pueden revestir, sin que los hijos del recipiente no sucesores la puedan impugnar legalmente, sí solo reclamar el importe de lo que su padre hubiese expendido para su obtencion; porque, como el concedente, de quien proviene todo el derecho, tenga un absoluto arbitrio para arre-

(a) Valasco, q. 54. nn. 9. et 18. Luca, in summa, de emphyt. n. 15.
(b) D. Covarr. lib. 2. cap. 18. n. 1.

glar y disponer de sus bienes segun mas bien le acomode, y además reporte un conocido beneficio de este pacto, sin el qual verosímilmente, ya que lo impone, no se desprenderia de ellos, de aquí es que su observancia debe ser puntual y efectiva (a): y en este caso el órden y régimen de sucesion no podrá ser otro que el designado en la carta enfitéutica; y en defecto de llamamientos específicos, ó de facultad para elegir sucesor, que suele imponerse con mucha freqüencia, se seguirán las reglas comunes de preferencia de línea, sexô y edad, como en los mayorazgos regulares (b).

4 Mas en las restantes enfiteusis de *pacto* y *providencia*, que por su naturaleza son libres y divisibles, quanto á su aprovechamiento á lo ménos, no hay diferencia alguna de varones á hembras: por ningun título pueden transferirse á extraños: tampoco el accipiente ú otro poseedor puede quanto á ellas perjudicar de modo alguno á sus hijos; y de consiguiente aun quando los exherede justamente, no por eso dexan de derivarse en ellos, porque no las reciben de él sino del dueño aforante: no se les imputan en sus legítimas, ni suceden por porciones hereditarias sino por partes iguales segun la mayor

(a) Dicha L. 28. tit. 8. Part. 5. ibi: "ó segund se aviene." L. 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

(b) Luca, de emphyt. disc. 11. 17. 32. 47. 52. et 55.

proxîmidad de grado; diferenciándose en todo esto de las *enfiteusis hereditarias*, y asemejándose á los fideicomisos familiares (a). Don Alvaro Valasco (b) mueve sin embargo la qüestion de si, concedida la enfiteusis *para uno y sus descendientes simplemente*, será preciso que estos á la calidad de tales agreguen tambien la de *herederos* para suceder en ella: y distingue de quando es *eclesiástica*, en cuyo caso considera como indudable la negativa, á quando es *secular*, y aunque en este tambien la considera por mas cierta, parece no se resuelve á su favor con igual firmeza; pero el Señor Covarrubias indistintamente (c), y con evidente razon la admite por constante en ámbos casos, pues siendo patente que la letra del pacto es la que decide, y estando claro su significado, no parece haya en que detenerse en qualquiera de los dos.

5 Tambien se distingue comunmente de quando la enfiteusis es *eclesiástica* á quando es *secular*, para admitir ó excluir en una ó en otra generalmente á los consanguineos ó á los extraños; pero lo cierto es que, siendo el pacto demostrativo de su especie y calidad, en nada se diferencia, sino que ámbas se

(a) Valasc. supr. q. 53. n. 6. q. 54. n. 6. q. 55. et 56. per tot. et 59. n. 6. D. Covar. lib. 2. var. cap. 18. nn. 1. 2. et 3.

(b) Dict. q. 54. n. 6.

(c) Supr. proxim.

gobiernan puntualmente por las mismas reglas. La diferencia proviene de su respectiva naturaleza, esto es, que, siendo la de la primera de *pacto y providencia*, aunque se conceda simplemente, y sin decir que es para los *descendientes ó herederos* del recipiente, siempre se entiende por los primeros solamente, á ménos que el pacto ó condicion expresa la haga degenerar en hereditaria ó mixta; y al reves, siendo la segunda por su naturaleza *hereditaria*, siempre se supone tal, á no ser que la letra del pacto la varie en alguna de las otras dos especies (a). He aquí como se explica una ley de Partida (b) acerca de la eclesiástica: "A censo dan los homes algunas cosas, é la carta de lo que así es dado debe ser fecha en esta manera: sepan quantos esta carta vieren, como fulan, Abad de tal Monasterio, con otorgamiento é con placer de suo Convento::-otorgó á censo::- á fulan recibiente por sí é por sus herederos tal casa::- de manera que él é los que de él descendieren fasta tercera generacion, puedan haber é tener la casa sobredicha."

6 Puede suscitarse ahora la qüestion de si estos descendientes han de ser precisamente *legítimos*, ó bastará sean *naturales*, no solo quando la enfiteusis es *secular*, sino tambien *eclesiástica*, *libre ó vincular*. El Señor Gregorio Lopez, glosando la cláusula de la ley antecedente "é los que de él descendieren" refiere la opinion de Baldo, que en fuerza de otra del código resuelve que en la *eclesiástica* no entran los naturales; pero no manifiesta claramente el que se adhiera á ella. El Cardenal de Luca (a) dice que en esta enfiteusis no suceden, aun quando sean legitimados por el Príncipe, fundado en que verosímilmente repugna á la iglesia que entren ellos á disfrutarla: y que aun en la *secular* se requiere sean legitimados quando es de *pacto y providencia*; pero por la verdad yo no puedo desentenderme de la irracionalidad de esta opinion. Suponemos que, si les excluye la letra del contrato, excluidos estan perpetuamente sin la menor dificultad. Suponemos tambien que jamas pueden disputar la preferencia á los *legítimos* de mejor ó igual línea y grado; mas prescindiendo de estos casos, tambien nos convencemos de que la ley y la razon se inclinan demostrativamente ácia los *naturales*. Decimos que la ley les favorece; porque léjos de calificar á los *descendientes*, de que habla, con la *legitimidad* que comprehende genéricamente á todos los que no sean incapaces de suceder ibi: "é los que de él descendieren" ¿cómo pues habremos de coartarla á los legítimos? Al reves hablando ella indistinta é indefinidamente por

(a) Valasc. q. 39. nn. 5. 9. et 11.
(b) 69. tit. 18. Part. 3.

(a) In summ. de emphyteusi, n. 25.

universal debe entenderse (a): con que siendo evídente que segun este principio les comprehende, con igual demostracion resultará que les favorece.

7 Veamos por extenso lo que dicta la razon. Por decontado es tan frívolo como equivocado el fundamento de que debamos creer cierta repugnancia en la iglesia para con los naturales: y quando así fuese, nunca superaria los cortos límites de una conjetura. La iglesia detesta el vicio, y se apiada del miserable, mucho mas quando es inocente; mucho mas quando su miseria procede de la culpa de su padre. Segun su recta intencion mas bien privaria de la enfiteusis al segundo que al primero. Pero sobre todo, ¿quánto distan estas consideraciones de las que suelen concurrir en la celebracion de tales contratos? Recordémonos de su instituto, de su esencia y de su objeto. La mejor entre todas las conjeturas es la que, como ya mas de una vez hemos dicho, proviene de la naturaleza del mismo acto (b); y segun este principio arreglamos la sucesion de fideicomisos, mayorazgos y patronatos. Indicamos tambien como, para todo quanto no repugna á aquella, el natural se considera como otro qualquier individuo de la familia: y aun añadimos que, como en ma-

(a) D. Per. de Lar. de anniv. lib. 1. cap. 16. à n. 11. D. Mol. lib. 4. cap. 2. nn. 21. et 27.

(b) Barbosa, lib. 3. vot. 98. n. 60.

terias pias no se haga aprecio de las escrupulosidades civiles, siempre se entienden llamados á lo favorable (a). Adaptemos ahora la piedad siempre ilustrada de la iglesia para con los infelices naturales: y, no queriendo aun convenir en tal adaptacion, reflexîonemos sobre los demas principios que le subsiguen. ¿Podrá decirse (qualquiera que sea la enfiteusis) que repugna al natural? ¿Es tal vez algun contrato de pura utilidad y beneficio del recipiente, para que únicamente consultemos la voluntad, y esta presunta, del concedente? ¿En su objeto no termina á recompensar de algun modo la laboriosidad futura ó pretérita del primero y de su familia, y á que estos reconozcan onerosamente el dominio directo del segundo? Digan pues los que opinan por la exclusion de los *naturales* si en alguna de estas cosas advierten diferencia (de aquellas que no sean puramente imaginarias) entre *ellos* y los *legítimos*. Es este propiamente uno de los casos, en que Don Gerónimo Guzman de Molina graciosamente nota (b) á

(a) D. Cast. cap. 67. n. 31. Gutierrez, lib. 3. q. 82. n. 6. Mostazo, lib. 3. cap. 8. n. 10. Gonzal. ad reg. 8. cancell. gl. 5. ex n. 109.

(b) Veritat. 5. n. 46. ibi: "Ecce quam nudi, sine ratione, et lege, tot, tantique doctissimi viri, ultimi primorum vestigia sine luce sequentes (Andabatarum more) cæco lumine, oculisque ligatis ad metam dimicare venerunt."

tales escritores de haber discurrido sin ley y sin razon.

8 La enfiteusis *mixta* es aquella que se otorga en favor de alguno para *él y sus descendientes herederos*; de modo que ámbas calidades son indispensables en el sucesor ó sucesores (a). El referido Don Alonso Valasco dice (b) que, como las *seculares* sean por su naturaleza mas aptas para derivarse en los extraños que las *eclesiásticas*, de ahí es el que puedan suceder en las primeras, aun quando se concedan para *hijos y herederos*, cuyo llamamiento es puntualmente el que constituye la especie de que tratamos; pero lo cierto es que si no hemos de perder de vista que, por mas propia que sea de las *eclesiásticas* la calidad de *pacto y providencia*, y de las *seculares* la *hereditaria*, unas y otras se rigen y gobiernan por la convencion particular que se les adhiere, debemos de sentir de diverso modo. A la letra del contrato, quando tiene una clara é indubitada inteligencia, se ha de estar precisamente, sin que podamos admitir el menor rigor ni indulgencia en esta parte (c). Debe ser un supuesto que, quando se usa de la simple palabra *herederos*, ninguna otra circunstancia se exîge, qual sea *eclesiástica*, qual

(a) D. Covarr. lib. 2. cap. 18. n. 1.
(b) Q. 54. n. 9. ubi supra.
(c) L. 28. tit. 8. Part. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Recop.

secular, la enfiteusis que la comprehenda, no obstando á ello la ley de Partida (a), cuyo substancial contesto dexamos transcribido, en quanto dice debe ser fecha *al recibiente por sí é por sus herederos*, porque aquí no quiso, como abundantemente demuestra su espíritu, que concurriese precisamente en los *descendientes* la calidad de *herederos*; sino que, univocándola con la de descendientes, contempló á estos por herederos natos, al modo que entre los romanos (de cuyo derecho tiene tanta substancia aquella legislacion patria) lo mismo importaba decir hijo como heredero: y esto se convence mas bien advirtiendo, como posteriormente descubrió su verdadera inteligencia por las subsiguientes palabras: "de manera que él é los que de él descendieren puedan haber, &c." No añade pues *y heredaren*, sino que se limita á la calidad de *descendientes*; con que es visto con suficiente claridad que ella sola es la que exîge, y de otra suerte la enfiteusis *eclesiástica* no seria por su naturaleza de *pacto y providencia*, sino *mixta*.

9 De todo esto se deduce que la *hereditaria* es la concedida, v. gr. á *Ticio y á sus herederos*, y de otro modo á *sus descendientes ó herederos* discretivamente: la de *pacto y providencia* la concedida á

(a) 69. tit. 18. Part. 3.

Ticio y á sus descendientes simplemente, ó sin añadir la expresion de *herederos*: y la *mixta* quando copulativamente se concede á *descendientes y herederos* del recipiente. Tal es la diferente virtud de aquellas dos partículas insertas en los propuestos llamamientos: la una como discretiva ó alternativa demuestra en el primer caso que se satisface con qualquiera de los dos extremos; y la otra como conjuntiva en el tercero que requiere los dos á un tiempo. En el segundo nada mas exîge que la simple calidad de *descendientes* que manifiesta; y no comprehendiendo á otra, tambien es prueba de que los contratantes no la han querido, ni nosotros se la debemos suplir. No es de tan corto momento esta escrupulosa observacion, que no produzca unos efectos muy considerables. Quanto á las dos primeras especies de enfiteusis ya en su respectivo lugar quedan demostradas; pero quanto á la *mixta* apénas hay mas que advertir, que los de una y otra se reunen en los sucesores del que la recibe: es decir, que no basta ser *heredero* sin ser *descendiente*; ni basta ser *descendiente* no siendo *heredero*, y de consiguiente el hijo justamente exheredado, ó el que no quiere aceptar la herencia del accipiente, no recae en esta enfiteusis (a).

(a) D. Covarr. lib. 2. var. cap. 18. nn. 1. 2. et 3.

10 Suele proponerse tambien la duda (a) de si será suficiente para tener derecho á ella ó á la *hereditaria* heredar inmediatamente al primer forero, ó será preciso heredar á sus sucesores; pero á esta, que se propone como dificultad, no alcanzo como se le dé tal nombre; porque ó se hereda, sea inmediata, sea mediatamente, á uno ó á otros, ó no: De qualquiera de los dos modos, si no viene á suceder en la enfiteusis, para el caso importa lo mismo que no ser *heredero*; pues esta calidad necesariamente se refiere á ella, y no á otra clase de bienes. En punto á la renovacion, quando es temporal, y se trata de transferirla á extraños por fenecimiento de sus voces, tampoco cabe duda en que solamente pueden intentarla aquellos, en quienes al tiempo debiese residir; y así se entiende la citada ley de Partida en (b) quanto dice: "E quando entraren en la quarta generacion deste que tomó la casa á censo, debe ser renovada esta carta."

11 Feudo segun otra ley (c) es "bien fecho que da el señor á algund ome, porque se torne su vasallo; é él face omenage de le ser leal." Esta definicion descubre que por su esencia es una donacion, aunque *ob causam*; y de consiguiente, que el que

(a) Valasc. q. 54. n. 19.
(b) 69. tit. 18. Part. 3.
(c) L. 1. tit. 26. Part. 4.

la concede es el héroe, á cuya voluntad principalmente debemos atemperarnos, no solo en lo pactado expresamente, mas tambien en lo omitido, y en quanto la ley no lo declare. Por mas que algunos escritores apuráron los antiguos fastos de la historia legal, no le pudiéron hallar otro orígen que el de la costumbre introducida primeramente en la Italia, y derivada sucesivamente á las demas naciones de la Europa. Principiáron siendo *amoviles ad nutum*, continuáron como temporales por ciertas generaciones, y llegáron á hacerse perpetuos, siempre que se observen puntualmente sus condiciones. Hubo dos jurisconsultos llamados Gerardo y Oberto, que entre otros mas modernos se dedicáron á formar una coleccion de aquellos usos mas comunmente recibidos en la materia; y he aquí las que se llaman leyes feudales, que, aunque sin autoridad alguna legislativa mas que la que les da la costumbre, mereciéron el mayor respeto y veneracion de los intérpretes (a).

12 Algunos han dicho (b) que despues del pacto, que en todo caso es lo primero á que debe mirarse (c), la costumbre precede al derecho escrito; pero una proposicion como ésta no creo ciertamen-

(a) Castro, disc. crit. lib. 1. disc. 2. fol. 34.
(b) Cancer. var. 1. part. cap. 11. n. 28.
(c) L. 68. tit. 18. Part. 3.

te pueda correr segun el sistema de nuestra legislacion, de que en otro lugar hicimos mérito (a). Que la costumbre contribuya para interpretar, ó aun modificar alguna ley, no habrá reparo en concederlo; mas el preferirla á esta absolutamente, sobre ser un conocido absurdo, acarrearia á la sociedad unos daños, cuya perniciosa generalidad es seqüela natural de lo siempre vago, indeterminado y dificil de acreditar en la costumbre. Nosotros tenemos leyes propias especiales acerca de los feudos, y no tan inútiles, como ligeramente creyéron aquellos, de quienes los Señores Molina y Roxas de Almansa se han hecho cargo (b); porque, aunque no son muy comunes en toda España, no dexa de haberlos en la mayor parte de sus provincias, de los de nuestra Galia refiere Don Juan Yañez Parladorio haber visto dos concedidos (c) por el Arzobispo de Santiago, y en Cataluña y otras es notoria su multitud, y de consiguiente á falta de pacto á ellas debemos ocurrir primero que á la costumbre.

13 La ley de Partida que llevamos citada divide el fuero principalmente en *camaral*, que es el que consiste en cierta pension, con la que el señor contribuye de su cámara al vasallo feudatario, y es re-

(a) Cap. 1. n. 16. y siguientes.
(b) El 1.º lib. 1. cap. 13. n. 62. Y el 2.º disp. 3. q. 9. n. 68.
(c) Different. 71.

vocable *ad nutum*: y en el impuesto sobre qualquiera villa, lugar ú otra cosa raiz que le cede en el dominio útil con obligacion de estar á las posturas ó condiciones estipuladas; el qual no se puede revocar, siempre que el feudatario sea puntual en su cumplimiento. Esta division equivale á la principal que comunmente hacen los intérpretes (a) de *feudo propio é impropio*, en cuya última especie comprehenden el de *cámara y el franco*, porque es libre de servicio, y baxo la primera todos los demas que tienen anexas á sí las obligaciones regulares de esta clase de donaciones, á saber, la prestacion de fidelidad, obsequio ó servicio personal, no real, porque entónces, aunque abusivamente se llamase *feudo*, realmente degenera de *enfiteusis* (b).

14 Es de notar que el feudo por su naturaleza es viril, y de consiguiente excluye de su sucesion á las mugeres, y no solo á ellas, sino tambien á todos sus descendientes: é igualmente excluye á los clérigos, religiosos, sordos, mudos, ciegos y otros de qualquiera modo imposibilitados de hacer el servicio personal, á ménos que otra cosa se pacte (c).

(a) Valasco, de jur. emphyt. q. 40. Luca, in summ. de feud. n. 21.

(b) L. 5. tit. 26. Part. 4. Valasco, supr. q. 39. usque ad. 41.

(c) L. 6. cod. tit. et Part. et 68. tit. 18. Part. 3. Luca, de feud. in summ. nn. 94. et 110.

expresamente: y omitiendo mas menuda y escrupulosa distincion, por lo que mira á las particulares condiciones que le diversifican (que siempre será tan varia, quanto lo sea la voluntad de los contratantes), ya por hablar de ella algunos por extenso (a), é ya por ser inconducente á nuestro objeto; con respecto á él diremos que se divide como la enfiteusis en *hereditario*, porque el título de herencia es solo el que determina su sucesion: de *pacto y providencia*, en que solo pueden suceder los descendientes del primer feudatario: *individuo en administracion y aprovechamiento*, como lo es el llamado *juris francorum*, que se gobierna por el riguroso derecho de primogenitura: *dividuo en administracion y aprovechamiento*, como lo han sido en su orígen los que se llaman de *Lombardía*; ó *dividuos* finalmente solo en quanto al *aprovechamiento*, segun se observa en algunos paises: y *mixtos*, en cuyos sucesores se requieren las calidades de descendientes y herederos del primero ó del último poseedor (b).

15 No son *hereditarios* ni aun *mixtos* por su naturaleza, como pareció á Valasco (c), comparándolos inoportunamente en esta parte con las enfiteu-

(a) Id. Luca, de feud. Valasco, supr. q. 38. usque ad 41.

(b) L. 7. tit. 26. Part. 4. Luca, de feud. discurs. 8. 9. 10. 12. 13. et 17.

(c) Q. 53. n. 3.

sis; y de consiguiente quando por la letra del contrato, al modo que de ellas hemos dicho, no se descubre su especie, siempre se deben reputar como de *pacto y providencia.* Así conviene mas á la calidad de esta donacion, y á la presunta voluntad del donante, y así lo exîge aun su propio interes en la reversion á su cámara (a). La ley de Partida (b) lo designa con sobrada claridad, quando dice: "E la carta de tal donacion debe ser fecha en esta guisa: Sepan quantos esta carta vieren, como tal rico home da é otorga en feudo é en nome de feudo á fulan recibiente por sí é por sus fijos é sus nietos, é todos los otros que de él descendieren::- é esta manera sobredicha es la mas comunal de como se debe facer la carta del feudo;" pues, suponiendo en primer lugar como se ha de conceder á los *descendientes*, no á los *herederos* del accipiente; y afirmando que es lo mas comun, viene tambien á suponer que es la regla ordinaria y general; infiriéndose de aquí, que qualquiera excepcion de ella debe demostrarse con un llamamiento especial y expreso en la carta feudal.

16 Es muy particular la opinion de algunos (c) que creen que, aun concedido el feudo puramente

(a) Dicha L. 7. tit. 26.
(b) 68. tit. 18. Part. 3.
(c) Valasco, q. 54. n. 4. D. Covarr. lib. 2. cap. 18. n. 4.

te de *pacto y providencia*, requieren precisamente en los descendientes del feudatario la calidad de *herederos*; y esta singularidad, aunque confiesan lo contrario en la enfiteusis de la misma especie, la admiten baxo el fundamento derivado de una de aquellas leyes feudales (a), de que así es muy correspondiente al respeto y reverencia que los hijos deben á los padres, y que en conseqüencia no abandonen su herencia; pero el caso es que, si esto fuese bastante, no habria sucesion alguna de las que tienen un régimen perpetuo ó permanente, en que no debiese obrar la misma consideracion, y todo lo contrario es evidente: razon sin duda por que el Señor Gregorio Lopez (b) concluye con otros que cita, en que el hijo para suceder á su padre en el referido feudo no necesita heredarle.

17 Tampoco son *individuos* por su naturaleza, ántes al reves concedidos *simplemente* se consideran libres, y dividen por iguales partes entre los descendientes agnados del mas próximo grado al feudatario (c); pero los feudos grandes y de dignidad, ó procedentes de la corona, regularmente

(a) Cap. 1. an agnatus, vel filius, lib. feud.
(b) Gl. 4. ad leg. 6. tit. 26. Part. 4.
(c) La misma L. 6. tit. 26. Part. 4.

son *individuos* (a). En Cataluña lo son casi todos, y allí está comunmente recibido, que en defecto de regla específica de sucesion en la carta feudal ó de nombramiento del último poseedor, puede el señor elegir á uno de los hijos que dexe, y á falta de ellos uno de sus mas próximos agnados (b).

18 Pero quanto á la sucesion de los *naturales* en los feudos de *pacto y providencia* ó *mixtos* (pues en los *hereditarios* no hay diferencia de ellos á otros qualesquiera bienes), aunque algunas razones de las que pusimos de manifiesto en su favor acerca de las enfiteusis parece versan tambien en la materia feudal; su virtud ha cesado enteramente, á vista de que la ley estableció por máxima general que los descendientes sucesores del feudatario deben ser *de legítimo matrimonio*; ibi: "é la carta de tal donacion debe ser fecha:: á fulan recibiente por sí é por sus fijos é sus nietos, é todos los otros que de él descendieren de legítimo matrimonio." Solo pues además de los *legítimos* sucederán los *legitimados por él*, y no por el *rescripto del Príncipe*, á ménos que fuese es-

(a) Luca, de feud. in summ. n. 12. Aguil. ad Rox. 1. part. nn. 434. et 436.

(b) Cancer. var. 1. part. cap. 11. n. 28.

pecial, y el feudo emanase de su real corona, ó que en su institucion se pactase expresamente que pudiesen suceder los *naturales*: y del mismo modo que ellos se excluyen generalmente, así tambien todos sus descendientes (a).

(a) Luca in summ. de feud. nn. 100. 101. et 102..

FIN.